

**UiO • Det juridiske fakultet**

# Kreditor si lojalitetsplikt i kausjonsavtaler

Kandidatnummer: 570

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17 995



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEIING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet .....	1
1.3	Presiseringar og avgrensingar .....	2
1.4	Kva er kausjon og kva er lojalitetsplikt? .....	3
1.4.1	Kva er kausjon?.....	3
1.4.2	Kva er lojalitetsplikt? .....	4
1.5	Særleg om nemndspraksis .....	7
<b>2</b>	<b>NOKRE UTGANGSPUNKT .....</b>	<b>9</b>
2.1	Grunnleggande utgangspunkt i norsk kontraktsrett .....	9
2.2	Særleg for lojalitetsplikta i kausjonsavtalar .....	10
<b>3</b>	<b>LOJALITETSPLIKT ETTER FINANSAVTALELOVA.....</b>	<b>13</b>
3.1	Innleiing .....	13
3.1.1	Lova sitt verkeområde.....	13
3.2	Lojalitetsplikt før inngåing av kausjonsavtale .....	16
3.2.1	Opplysningsplikt før inngåing av kausjonsavtale (§ 59) .....	16
3.2.2	Frårådingsplikt (§ 60) .....	21
3.3	Lojalitetsplikt etter inngåing av kausjonsavtale .....	31
3.3.1	Varslingsplikt (§§ 62, 63) .....	31
3.3.2	Passiv opplysningsplikt (§ 64) .....	35
3.3.3	Endringar (§ 65) .....	35
3.3.4	Frigjeving av sikkerheit (§ 66).....	36
3.4	Eksisterar det ei lojalitetsplikt i tillegg til lovreglane? .....	38
<b>4</b>	<b>LOJALITETSPLIKT FOR TILHØVE SOM FELL UTANFOR FINANSAVTALELOVA .....</b>	<b>39</b>
4.1	Innleiing .....	39
4.1.1	Generelt.....	39
4.1.2	Situasjonar som fell utanfor finansavtalelova.....	40

4.1.3	Ingen formkrav .....	41
4.1.4	Ulike kausjonsformer .....	41
4.2	Lojalitetsplikt før inngåing av kausjonsavtale .....	43
4.2.1	Generelt .....	43
4.2.2	Opplysningsplikt om den allmenne risiko? .....	43
4.2.3	Opplysningsplikt om andre tilhøve .....	44
4.2.4	Frårådingsplikt .....	47
4.3	Lojalitetsplikt etter inngåing av kausjonsavtale .....	48
4.3.1	Generelt .....	48
4.3.2	Varslingsplikt .....	49
4.3.3	Opplysningsplikt ved førespurnad .....	51
4.3.4	Personskifte .....	51
4.3.5	Endringsavtaler .....	52
<b>5</b>	<b>AVSLUTTANDE BETRAKTNINGAR .....</b>	<b>56</b>
<b>6</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>58</b>

# 1 Innleiing

## 1.1 Tema og problemstilling

Kausjon er ei praktisk viktig avtaleform som vert hyppig nytta både i forbrukarforhold og i profesjonelle forretningsforhold. Kjenneteiknet ved ein kausjon er kort sagt at kausjonisten garanterar for at ein annan sin skyldnad skal bli oppfylt. Det typiske for ein kausjonsavtale er dermed at det er ein tyngande skyldnad som inneber ein stor risiko for kausjonisten. Dette gjer at kreditor si lojalitetsplikt overfor kausjonisten er særskild viktig.

Denne avhandlinga skal gje ei utgreiing av reglane om kreditor si lojalitetsplikt overfor kausjonisten, både for dei tilfelle som er omfatta av finansavtalelova og for dei som fell utanfor. Her vil hovudvekta ligge på kortid det inntreir ei lojalitetsplikt for kreditor og kva denne lojalitetsplikta eventuelt inneber.

## 1.2 Bakgrunn og aktualitet

Det er på det reine at ikkje alle har det som skal til for at ein kan få gjennomført sine økonomiske prosjekt. Det kan dermed vere aktuelt å forsøke å skaffe midlane ein annan stad, til dømes gjennom lån frå ein finansinstitusjon.<sup>1</sup> Ofte vil kreditor ynskje større sikkerheit for lånet, noko som kan bli gjort ved at det vert stilt pant som sikkerheit. Ein annan måte kreditor kan få auka sikkerheit på er at det vert inngått ein kausjonsavtale, der ein trekker inn tredjemann som garanterar for hovuddebitor si oppfylting.<sup>2</sup> Skulle hovuddebitor ikkje oppfylle skyldnaden overfor kreditor, kan kreditor dermed kreve oppfylting hjå kausjonisten.

Kausjon er ei avtaleform som har gjennomgått til dels store endringar i laupet av dei siste hundre år. Innanfor norsk næringsliv er kredittbehovet stort, noko som gjer at sikkerheit i form av garantiar er svært utbreidd.<sup>3</sup> Men også utanfor næringslivet er kausjon viktig. Den auka levestandarden inneber større forventning og krav til kva ein skal eige, og kan dermed føre til at folk lettare opptek kreditt. Eit tilhøve som nyleg har gjort kausjon enda meir aktuelt er innføringa av auka krav til eigenkapital ved bustadlån. Tidlegare låg denne grensa på 10%,

---

<sup>1</sup> Smith (1981) s. 33.

<sup>2</sup> Smith (1981) s. 35.

<sup>3</sup> Smith (1997) s. 16.

men for å forsøke å stogge den veksande gjeldsbelastninga hjå befolkninga har Finanstilsynet auka kravet til 15%.<sup>4</sup> Eigenkapitalkravet inneber at ein må spare opp 15% av bustaden sin kjøpesum for å få bustadlån av banken der resten av kjøpesummen vert dekkja. Ettersom mange kjøparar i dag ikkje har tilstrekkeleg eigenkapital, er det difor svært praktisk at det vert kausjonert for dette beløpet.

Ofte dreiar kausjonen seg om ei tilsegn som er gjeven utan vederlag og utan at risikoen er tilstrekkeleg vurdert. Ettersom det stort sett er tale om store kausjonsbeløp vil det kunne få alvorlege konsekvensar dersom ansvaret vert gjort gjeldande.<sup>5</sup> Denne utbreidde avtaleforma krev difor at det vert stilt krav til kreditor si lojalitetsplikt ovarfor kausjonisten. Riktignok er det klare utgangspunkt i norsk rett at det er kausjonisten som er ansvarleg for sine egne føresetnader og at det er han som sjølv må undersøke kva risiko hans engasjement inneber. Likevel kan ein i dag sjå at det gjeld ei lojalitetsplikt for kreditor ovarfor kausjonisten i ein kausjonsavtale. Denne er blant anna lovfesta i finansavtalelova.

### **1.3 Presiseringar og avgrensingar**

I den vidare framstillinga vert ordet ”kreditor” nytta om den som har eit krav etter kausjonsavtalen. Der kreditor er ein finansinstitusjon eller kredittinstitusjon vil også desse omgrepa bli nytta. Det same gjeld omgrepa ”långjevar” eller ”kredittgjevar”. Den som er skuldnar i hovudforholdet vert omtala som ”hovuddebitor” eller ”låntakar”.

Vidare vil både omgrepa lojalitetsplikt og lojalitetsprinsippet nytta om det same utan at det er meint å innebere nokre skilnader. Det er likevel viktig å vere merksam på omgrepa i teorien kan ha ulikt innhald ettersom lojalitetsprinsippet vert rekna for å vere det rettslege grunnlaget for lojalitetsplikta.<sup>6</sup>

Som nemnt vil denne framstillinga ha fokus på kortid det inntreir ei lojalitetsplikt for kreditor og kva denne lojalitetsplikta eventuelt inneber. Rettsverknader ved brot på lojalitetsplikta vil dermed falle utanfor oppgåva.

---

<sup>4</sup> Finanstilsynet sitt rundskriv nr. 29 (2011) ”Retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis til boligformål”.

<sup>5</sup> Hagstrøm (1996) s. 78.

<sup>6</sup> Nazarian (2007) s. 85.

## 1.4 Kva er kausjon og kva er lojalitetsplikt?

### 1.4.1 Kva er kausjon?

Ein kausjon ligg føre når nokon stiller sikkerheit for andre si oppfylling av eit krav. Dersom debitor ikkje skulle oppfylle sin skyldnad, må kausjonen realiserast. Dette inneber at det i staden er kausjonisten som må innfri kravet, og kreditor kan dermed søke dekning i kausjonisten si formue. Eit kausjonsansvar vert gjerne omtala som aksessorisk, ettersom føresetnaden for at ansvaret skal bli gjort gjeldande er at det har vore eit mishald av skyldnadane frå hovuddebitor si side.

Det er viktig å vere merksam på at kausjonsomgrepet ofte vert brukt ulikt frå situasjon til situasjon. Ein seier gjerne at kausjon er eit ”relativt omgrep”. Ein må difor vere varsam med å trekke slutningar ut av at noko vert omtala som ein kausjon.<sup>7</sup>

Etter den tradisjonelle læra er det tre vesentlege kjenneteikn ved ein kausjon. For det første er kausjonen ein overeinskomst med ein annan sin fordringshavar nettopp i denne sin eigenskap av fordringshavar i eit anna kontraktsforhold. For det andre er kausjonen ein overeinskomst om at kausjonisten skal vere ansvarleg saman med skuldnaren i hovudforholdet. For det tredje er kausjonen ein kontrakt med eit bestemt føremål. Kausjonisten garanterar for at hovuddebitor oppfyller sin skyldnad og gjev dermed kreditor større sikkerheit for at kravet til slutt vert dekkja.<sup>8</sup>

Sjølv om det er kausjonisten som må dekke skyldnaden ovarfor kreditor dersom kausjonen vert realisert, er det ikkje slik at det er kausjonisten som til slutt skal sitje att med tapet. Det er i dag sikker rett at den som dekkar ein annan sin skyldnad som hovudregel har rett til regress mot denne. Dette har lenge vore klart fasttømra på kausjonsretten sitt område.<sup>9</sup> I tillegg har dette i seinare tid blitt slått fast som ein generell regel i norsk rett, jf. Rt. 1997 s. 1029 MS Marlin.

---

<sup>7</sup> Smith (1981) s. 51.

<sup>8</sup> Smith (1981) s. 50-51.

<sup>9</sup> Smith (1981) s. 270.

Føremålet med ein kausjon er at den skal sikre eit krav. Her gjer effektivitetsomsynet seg gjeldande ved at kausjonen sitt sikringsføremål bør ivaretekast. Mot dette omsynet står kausjonisten sitt beskyttelsesbehov, som det skal komast nærare tilbake til i punkt 2.2. I tillegg har ein omsynet til rettsvisse i kausjonsforholdet. Dette omsynet kan peike i begge retningar. På den eine sida vil omsynet til rettsvisse tilseie at kreditor skal ha ei lojalitetsplikt når det gjeld stoda i kausjonsforholdet. På den andre sida vil det kunne svekke rettsvissa for partane dersom det er stort høve for bortfall av kausjonsansvar på grunn av brot på lojalitetsplikta.<sup>10</sup> Dette vil kunne motverke det føremål ein kausjon har.

#### **1.4.2 Kva er lojalitetsplikt?**

Det er i dag sikker rett at det eksisterar eit lojalitetsprinsipp i norsk kontraktsrett. Ofte vert prinsippet omtala som eit av grunnprinsippa i moderne norsk kontraktsrett.<sup>11</sup> Det heile inneber at det ligg føre ei plikt til lojal opptreden i kontraktsforhold. Enkelt formulert vil dette seie at ein kontraktspart er plikta til å opptre i tråd med interessene til motparten.<sup>12</sup>

Dette vil likevel ikkje seie at alt skal ofrast til fordel motparten. Utgangspunktet er at ein part kan prioritere eiga vinning på bekostning av motparten. Spørsmålet er berre kor langt ein kan gå i å nedprioritere motparten sine interesser til fordel for sine egne.<sup>13</sup>

Lojalitetsprinsippet har ein meir eller mindre fragmentarisk heimel. Det kjem blant anna til uttrykk i lovgjevinga, men det er ingen lovføresegner som oppstiller eit generelt prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold. I staden kan ein finne spreidde enkeltføresegner som regulerar særlege situasjonar.

Ei slik føresegn er avtalelova § 30. Her følgjer det at ein viljeserklæring ikkje binder medkontrahenten dersom den er framkalt ved svik. Dette inneber at dersom den eine parten forsetteleg villeiar den andre eller held tilbake opplysningar som ein må anta har hatt betydning for

---

<sup>10</sup> Sjå meir om omsyna som gjeld særskilt for lojalitetsplikta under punkt 1.4.2.

<sup>11</sup> Haaskjold (2013) s. 69.

<sup>12</sup> Lojalitetsprinsippet har ikkje noko klar formulering i dei autoritative rettskjeldene, jf. Nazarian (2007) s. 96-97.

<sup>13</sup> Vinje (1999) s. 84-85.

han vil det ikkje vere bindande for parten, jf. andre ledd. § 30 vert imidlertid rekna for å vere konsumert av § 33.

Avtalelova § 33 har spelt ei viktig rolle når det gjeld kreditor si lojalitetsplikt, noko rettspraksis syner. Etter denne føresegna oppstår spørsmålet om det vil vere i strid med redelegheit eller god tru å gjere kausjonen gjeldande. Denne føresegna rettar seg berre mot dei omstende som låg føre før bindande avtale vart inngått, noko som gjer at etterfølgande tilhøve ikkje kan takast med i vurderinga. Etter § 33 er det eit krav at løftemottakar hadde kjennskap til dei omstenda som gjer at det vil stride mot redelegheit og god tru å gjere avtalen gjeldande.

Vidare kan avtalelova § 36 heimle eit lojalitetsprinsipp. Etter denne føresegna vert spørsmålet om det vil vere urimeleg eller i strid med god forretningsskikk å gjere kausjonen gjeldande. I motsetnad til § 33 oppstiller ikkje § 36 noko krav om at det stride mot redelegheit og god tru å gjere avtalen gjeldande. I staden vil dette inngå som eit moment ved rimelegeitsvurderinga. Etter andre ledd følgjer det at ein i tillegg til avtalen sitt innhald, partane si stilling og tilhøva ved avtaleinngåing, kan legge vekt på ”senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig”. I Rt. 1995 s. 1540 konkluderte retten med at kausjonen måtte kjennast ugyldig etter § 36. Dei la vekt på den heilt spesielle betydninga som kausjonsobjektet hadde for kausjonisten på grunn av hennar sjukdom. I samband med dette syner retten til førearbeida og uttalar at ein etter § 36 òg kan ta omsyn til omstende kring inngåinga av avtalen som til dømes mindre alvorlege manglar ved tilblivelsen enn dei § 33 tek sikte på å fange opp.

Vidare kan ein sjå at lojalitetsplikta følgjer av rettspraksis. Ein kan seie at rettspraksis i stor grad har vore med på å utvikle eit generelt prinsipp om lojalitet i kontraktsforhold.<sup>14</sup> I Rt. 1984 s. 28 Tromsø Sparebank vart lojalitetsplikta for første gong nytta som eit generelt prinsipp utan at det var heimla i lov eller kontrakten sjølv. Her hadde ein disktriktslege underteikna ei sjølvskuldnarkausjonserklæring for eit firma sin kassakreditt. Spørsmålet gjaldt om han var ansvarleg for kassakreditten ovarfor i Tromsø Sparebank. Retten kom til at kausjonisten ikkje ville ha avgitt kausjonserklæringa dersom han hadde hatt kjennskap til dei faktiske tilhøva. I samband med dette uttalte retten ”Jeg mener for min del at kausjonserklæringen er

---

<sup>14</sup> Haaskjold (2013) s. 69



ugyldig etter avtalelovens § 33, men iallfall vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold”.

Ein kan her sjå at lojalitetsprinsippet vert nytta som eit eige grunnlag som eksisterar ved sidan av prinsippet som spring ut av § 33. Kva som er grunnlaget for at Høgsterett meiner det finst ei slik ulovfesta lojalitetsplikt kjem ikkje klart fram av dommen, men ei mogleg forklaring er at retten reknar lojalitetsprinsippet for å vere ei allmenn rettsgrunnsetning, noko som har blitt lagt til grunn i juridisk teori.<sup>15</sup> Med dette meiner ein at lojalitetsplikta er uttrykk for eit rettsprinsipp som er fast og akseptert i vår rettstradisjon.<sup>16</sup> Her kan det imidlertid innvendast at slike generelle prinsipp manglar konkret innhald og ikkje gjev særleg grunnlag for å grunngje eit standpunkt<sup>17</sup>. Lojalitetsprinsippet sin eksistens har støtte i juridisk teori, sjølv om det ikkje er semje rundt prinsippet si formulering eller nærare innhald.<sup>18</sup>

Ein kan dermed seie at den generelle lojalitetsplikta har eit delt rettsgrunnlag, der den i hovudsak har blitt utvikla gjennom rettspraksis. Etter gjeldande rett vert lojalitetsplikta lagt til grunn som eit generelt prinsipp som eksisterar uavhengig av om det følgjer av den enkelte kontrakt eller er omfatta av lovføresegner.

Lojalitetsplikta kan delast i ei negativ og ei positiv lojalitetsplikt. Den negative sida inneber at ein må avstå frå å handle i strid med medkontrahenten sine interesser. Den positive sida inneber derimot ei plikt til aktiv handling for å ivareta medkontrahenten sine interesser.

Lojalitetsprinsippet gjeld både før og etter kontraktsinngåing.<sup>19</sup> For det første har ein den prekontraktuelle lojalitet der føremålet er å avdekke moglege misforståingar hjå medkontrahenten. Ein part skal ikkje kunne oppnå ei betre stilling ved at han til dømes let vere å opplyse om visse tilhøve eller ved at han skjuler realiteten med andre ord og formuleringar.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> At lojalitetsplikta vert rekna for å vere ei allmenn rettsgrunnsetning er lagt til grunn i Nazarian (2007) s. 85 jf. Nygaard (1999) s. 227-231; Simonsen (1997) s. 157; Taxell (1997) s. 65.

<sup>16</sup> Nygaard (1999) s. 208.

<sup>17</sup> Graver (2006) s. 220.

<sup>18</sup> Nazarian (2007) s. 96-97

<sup>19</sup> Jf. blant anna Rt. 1988 s. 1078.

<sup>20</sup> Haaskjold (2013) s. 70.

Når ein talar om lojalitetsprinsippet er det ikkje alltid at omgrepet ”lojalitetsplikt” vert nytta. Ulike sider av lojalitetsplikta kjem til uttrykk ved ulike omgrep. Den viktigaste skyldnaden i det prekontraktuelle ansvaret er opplysningsplikta. Opplysningsplikta skal hindre at ein inngår ein kontrakt på uriktig grunnlag.<sup>21</sup>

Etter at bindande avtale er inngått vert prinsippet om lojalitet skjerpa.<sup>22</sup> I denne fasen vert det stilt krav til aktsam og lojal opptreden frå begge partar så lenge skyldnaden eksisterar.<sup>23</sup> Her kjem den positive lojalitetsplikta til uttrykk ved at ein pliktar å aktivt medverke til at avtalen vert oppfylt, medan den negative lojalitetsplikta kjem til uttrykk ved at ein må avstå frå handlingar som kan vere eigna til å motverke avtalen.<sup>24</sup> Her er til dømes varslingsplikta sentral.

I tillegg til at dei tre aktørane i kausjonsforholdet har ei lojalitetsplikt, er det er det lagt til grunn i rettspraksis at lojalitetsprinsippet òg kan gjelde utanfor kontraktsforhold, jf. Rt. 1995 s. 775 Yousuf. Lojalitetsplikta kan dermed gjere seg gjeldande også hjå personar som ikkje er ein del av kontraktsforholdet.

## 1.5 Særleg om nemndspraksis

Rettskjeldebiletet på kausjonsretten sitt område er ikkje særegen samanlikna med andre rettsområde. Det kan imidlertid knyttast nokre kommentarar til Finansklagenemnda som tvisteløysingsorgan, ettersom det føreligg betydeleg praksis frå nemnda på kausjonsretten sitt område. Finansklagenemna er eit utanrettsleg tvisteløysingsorgan som har som hovudføremål å handsame tvistar mellom finansføretak og kundar.<sup>25</sup> Nemnda er ei samanslåing av det som tidlegare var Forsikringsklagekontoret og Bankklagenemnda.<sup>26</sup> Avgjerdene er ikkje bindande for partane, og sakene kan på vanleg måte ankast til dei alminnelege domstolane.<sup>27</sup> Når det gjeld vektspørsmålet må utgangspunktet vere at avgjerdene ikkje bind partane, men i staden har

---

<sup>21</sup> Haaskjold (2013) s. 71.

<sup>22</sup> Haaskjold (2013) s. 76.

<sup>23</sup> Rt. 1988 s. 1078 og Rt. 1995 s. 1460.

<sup>24</sup> Haaskjold (2013) s. 78.

<sup>25</sup> Finansavtalelova § 4 jf. avtale om Finansklagenemnda punkt 1.

<sup>26</sup> Avtale om Finansklagenemnda punkt 1.

<sup>27</sup> Avtale om Finansklagenemnda punkt 4.11.

gjennomslag i kraft av deira argumentasjonsverdi.<sup>28</sup> Sjølv om nemnda sine uttalingar berre er rådgjevande, kan ein sjå at finansinstitusjonane vel å rette seg etter dei fleste avgjerdene trass i om dei er til ugunst for dei.<sup>29</sup> Med dette er det høve for at praksisen etterkvart kan bli rekna som sedvanerett med den rettskjeldemessige vekt dette har.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Hagstrøm (1995) s. 537.

<sup>29</sup> Finansklagenemnda si årsberetning 2013 s. 32.

<sup>30</sup> Eckhoff (2001) s. 244-245.

## 2 Nokre utgangspunkt

### 2.1 Grunnleggande utgangspunkt i norsk kontraktsrett

Kausjon er ein særskild type avtale, noko som gjer at kausjonsretten er å rekne som ein del av norsk kontraktsrett. Dette inneber at dei alminnelege avtalerettslege reglane også vil kome til anvendelse på kausjonsavtalar. Likevel kan ein sjå at kausjonsavtalar er særigne og at dei alminnelege formuerettslege prinsippa i ein del situasjonar må modifiserast. Vanlegvis er dei obligasjonsrettslege problemstillingane knytt til forhold mellom to partar, men i kausjonsretten eksisterar det eit trepartsforhold som gjer at også interessene til kausjonisten må takast omsyn til.<sup>31</sup>

Utgangspunktet er at det i norsk rett eksisterar eit prinsipp om avtalefridom. Dette vil seie at ein har fridom til å avgjere om ein vil inngå avtale, kven ein eventuelt vil inngå avtale med, kortid ein vil inngå avtalen og kva innhald avtalen skal ha. Vidare er det også eit utgangspunkt at avtalar skal haldast.

Ein kan sjå at lojalitetsplikta vil kunne føre til fråviking av desse utgangspunkta. Ettersom lojalitetsplikta må reknast for å vere ei preseptorisk rettsgrunnsetning vil den for det første kunne verke som ei skranke på avtalefridomen.<sup>32</sup> Brot på lojalitetsplikta kan ha som rettsverknad at ein kausjonsavtale vert ugyldig eller at kausjonsansvaret vert lempa. Med dette kan lojalitetsplikta representere eit inngrep i prinsippet om at avtalar er bindande. Likevel er det viktig å vere merksam på at det truleg klaraste utslaget av lojalitet i kontraktsforhold er at avtalar skal haldast.

Vidare er eit anna utgangspunkt i norsk kontraktsrett at partane har risikoen for egne forventningar og føresetnader. Dette vil ha varierende styrke alt etter kven partane er. Utgangspunktet gjer seg til dømes gjeldande i enda sterkare grad ved kommersielle forhold der det er tale om meir jamnbyrdige partar.

---

<sup>31</sup> Smith (1999) s. 17.

<sup>32</sup> Nazarian (2007) s. 134-136, 162-163 og Nygaard (1999) s. 318.

## 2.2 Særleg for lojalitetsplikta i kausjonsavtalar

Eit særegent trekk ved kausjonsavtalar er at det omfattar eit trepartsforhold. Kausjonsavtalen er ein avtale mellom kausjonisten og kreditor, men ofte er det debitor som er aktiv for å få i stand kausjonen.<sup>33</sup> Eit kausjonsløfte er alltid retta mot kreditor, men nærleiken mellom kausjonisten og kreditor kan derimot variere. Som det skal komast tilbake til kan dette momentet vere sentralt ved lojalitetsvurderinga.

Dersom ein ser på omsyna som gjer seg gjeldande særskilt for lojalitetsplikta i kausjonsforhold kan ein sjå at omsynet til beskyttelse av kausjonisten står sentralt. Dette vil særleg gjelde der kreditor må reknast som den sterke part og kausjonisten som den svake. Ofte vil makttilhøva mellom kausjonisten og kreditor vere ujamne, noko som tilseier at det er større grunn til å beskytte kausjonisten. Profesjonelle vil til dømes vere betre rusta for å ivareta sine interesser enn det ein forbrukar er. I ein del situasjonar med private kausjonistar vil forholdet mellom kausjonist og hovuddebitor vere prega av at det er tale om ei nære relasjonar, noko som kan gje større grunn til å beskytte kausjonisten. På ei anna side kan det i tilfelle der kausjonisten kjenner hovuddebitor vere god grunn til å rekne med at kausjonisten har betre føresetnader for å kjenne til dei risikomoment som kausjonen omfattar.

Omsynet til å hindre at kreditor misbrukar sin maktposisjon er altså eit omsyn som i stor grad ber lojalitetsprinsippet. Det same gjeld omsynet til å ivareta partane sine beskyttelsesverdige forventningar.<sup>34</sup> Ein kan seie at lojalitetsplikta på mange måtar beskyttar partane sine skapte forventningar. Dei beskyttelsesverdige forventningane står òg i samband med omsynet til rettsvisse. Omsynet til rettsvisse kan gjere seg gjeldande i tida før bindande kausjonsavtale vert inngått. Her kan lojalitetsplikta vere medverkande til at kausjonisten forstår kva han gjev seg ut på. Etter at avtalen er inngått kan lojalitetsplikta medverke til at kausjonisten får høve til å bu seg på at eit kausjonsansvar kan bli gjort gjeldande.

Kvar grensa går for når tilhøva er av ein slik karakter at det ville vore illojalt å ikkje opplyse om dei, eksisterar det ikkje generelle reglar om. Ettersom lojalitetskravet gjev uttrykk for ei avvegingsnorm der ein må føreta ei konkret lojalitetsbedømming, vil vurderinga vere ulik alt

---

<sup>33</sup> Torvund (1997) s. 147.

<sup>34</sup> Nazarian (2007) s. 174-179.

etter kva kontraktstype og situasjon det er tale om.<sup>35</sup> I denne totalvurderinga er det imidlertid ei rekke moment som typisk har betydning. Her vil mellom anna styrkeforholdet mellom partane kunne spele inn. I dei situasjonar der styrkeforholdet er ujamnt kan det vere større grunn til å pålegge den sterke parten ei strengare lojalitetsplikt. Dette gjer seg derimot ikkje gjeldande dersom det er tale om likeverdige partar. Vidare kan nærleiken mellom partane også spele inn i vurderinga. For kausjonsavtalar kan dette momentet kome inn på fleire måtar. Er det til dømes tale om opplysningsplikt om tilhøve hjå hovuddebitor kan ein stille spørsmål om kven av partane som er nærast til å bære risikoen for at opplysningane ikkje kom til kausjonisten sin kunnskap. Dersom kreditor hadde eit godt innblikk i tilhøva hjå hovuddebitor medan kausjonisten ikkje hadde det, kan dette tale for at det kreditor er nærast til å bære risikoen for at opplysningane skulle bli gjevne. I forbrukarforhold vil finansinstitusjonen kreve at kausjonen vert gjeven på deira standarddokument. Her vil det vere direkte kontakt mellom kreditor og kausjonist. I profesjonelle forhold er det ofte at det ikkje er kontakt mellom kreditor og kausjonist. Her vil hovuddebitor gjerne rette førespurnad til kausjonisten som skriv under på ein kausjonsavtale som seinare vert førelagt kreditor. Her vil ofte kausjonisten i hovudsak motta informasjon frå hovuddebitor og det er såleis ikkje noko nærleik mellom kreditor og kausjonist.

Vidare kan det også vere av betydning kven av partane som har teke initiativet til kausjonsavtalen. Dersom dette er kreditor, vil dette kunne tale for at kreditor si lojalitetsplikt er sterkare enn dersom det var kausjonisten som tok initiativ. Som Simonsen påpeikar må ikkje betydninga av dette momentet overdrivast.<sup>36</sup> Det er ikkje slik at den passive part ikkje har ei lojalitetsplikt, men ein må i staden forstå momentet slik at den aktive part i nokre tilfelle vil få ei skjerpa lojalitetsnorm enn det som elles hadde vore utgangspunktet.

I kausjonsforhold er det ikkje berre kreditor som har ei lojalitetsplikt. Òg kausjonisten og hovuddebitor har ei slik plikt. Ei side av lojalitetsplikta er kausjonisten si undersøkingsplikt. Denne plikta er ulovfesta og er blant anna lagt til grunn i Rt. 1984 s. 28 Tromsø Sparebank der det vert uttalt at banken si opplysningsplikt må vurderast i forhold til dei krav som må

---

<sup>35</sup> Simonsen (1997) s. 162.

<sup>36</sup> Simonsen (1997) s. 246.

stillaast til kausjonisten si undersøkingsplikt.<sup>37</sup> Også i Rt. 1988 s. 1078 vart dette lagt til grunn. Her uttalte retten at kausjonisten "...må utvise aktsomhet og vil, etter forholdene, kunne måtte opptre aktivt for å ivareta sine interesser. Kravene til kreditors opptreden må nettopp sees i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten.". I LB-2011-150976<sup>38</sup> kom retten til at kausjonistane måtte lastast for ikkje ha føreteke undersøkingar kring kjøp av aksjar og kausjon stilt i samband med dette. Retten drog imidlertid fram at kausjonistane hadde manglande erfaring og modenheit, noko som også måtte vere synbart for kreditor. I likskap med kreditor si lojalitetsplikt må ein altså vurdere undersøkingsplikta ut frå personen si rolle og kva ressursar denne har tilgjengeleg. Ein vil dermed kunne ta kausjonisten sin alder, utdanning, erfaring osv. i betraktning.

I motsetnad til kreditor sine plikter eksisterar det ikkje særskilde sanksjonar ved brot på undersøkingsplikta. Dette heng saman med at undersøkingsplikta ikkje eigentleg inneber nokon skyldnad om å føreta undersøkingar. Det plikta medfører er at ein rettsleg sett vert stilt som om ein kjenner til dei aktuelle omstendene.<sup>39</sup>

I tillegg til at lojalitetsplikta oppstiller rettar og plikter kan ein òg sjå at lojalitetsprinsippet fungerer som ein tolkingsfaktor ved fastlegging av avtalen sitt innhald, jf. Rt. 2004 s. 1256.<sup>40</sup> På grunn av det objektive tolkingsprinsipp som i særleg grad gjeld for profesjonelle aktørar,<sup>41</sup> kan det imidlertid innvendast at det ikkje vil vere noko stort rom for lojalitetsbetraktningar ved kommersielle kausjonar. Er det derimot tale om privatkausjonar med ujamnbyrdige partar er det tradisjonelt ikkje blitt nytta ein så streng ordlydsorientert tolking, noko som gjer at rommet for lojalitetsbetraktningar her er større.

---

<sup>37</sup> Smith (1997) s. 54.

<sup>38</sup> Sjå punkt 4.2.3 for nærare utgreiing av dommen.

<sup>39</sup> Vinje (1999) s. 93, fotnote nr. 237.

<sup>40</sup> Leonhardsen (2007) s. 51

<sup>41</sup> Jf. bla. Rt. 2002 s. 1151, Rt. 2011 s. 1553 og Rt. 2012 s. 1267 Norsk Tillitsmann.

## 3 Lojalitetsplikt etter finansavtalelova

### 3.1 Innleiing

#### 3.1.1 Lova sitt verkeområde

##### 3.1.1.1 Generelt om kausjonsreglane

Finansavtalelova trådte i kraft 1. juli 2000 og inneheld ei regulering av kausjonsavtalar. Lova gjeld for kausjonsavtalar der den eine part er finansinstitusjon eller liknande institusjon, medan den andre er forbrukar eller næringsdrivande, jf. §§ 1 og 2. Med finansinstitusjon siktar ein til ein institusjon som driv finansieringsverksemd, jf. finansieringsverksemdslova § 1-3. Det følgjer vidare av § 1-2 at ein her siktar til å yte, formidle eller stille garanti for kreditt eller på anna måte medverke ved finansiering av anna enn eiga verksemd.

I tillegg gjeld finansavtalelova i situasjonar der det ikkje er tale om nokon finansinstitusjon, men der ein forbrukar stiller kausjon gjennom meklarføretak, jf. § 57 første ledd siste punktum. Finansavtalelova omfattar berre dei tilfelle der finansinstitusjonen eller liknande institusjon er kreditor, jf. § 57 første ledd. Det er med andre ord berre kausjonar som er gjeve *til* desse institusjonane som er omfatta.<sup>42</sup>

I samband med dette er det viktig å vere merksam på at det er den reelle kreditor som er avgjerande for om finansavtalelova kjem til anvendelse, jf. RG 2004 s. 454. Dersom det utad framstår som at det er ein vanleg næringsdrivande som er kreditor, vert situasjonen likevel omfatta dersom det i realiteten til dømes er ein bank som fungerer som kreditor. Skulle finansavtalelova sine reglar ikkje gjelde i slike høve, ville det vore enkelt å omgå lova og dei reglar som skil seg frå den ulovfesta kausjonsretten.

Når det gjeld kva som skal til for at det ligg føre ein kausjon etter finansavtalelova er dette samanfallande med det som gjeld etter tradisjonell ulovfesta rett. Finansavtalelova har ingen legaldefinisjon av uttrykket ”kausjon”, men det følgjer av førearbeida at Smith si skildring, omhandla i punkt 1.4.1, òg skal leggest til grunn på finansavtalelova sitt område.<sup>43</sup> Det er

---

<sup>42</sup> Sjå punkt 4.1.2 om tilfelle som fell utanfor finansavtalelova.

<sup>43</sup> NOU 1994:19 s. 174



dermed ikkje avgjerande om det tilsynelatande ligg føre ein kausjon eller ikkje, det er dei reelle tilhøva som er avgjerande. Det kan til dømes vere tale om ein kausjon dersom det formelt sett ligg føre ein låneavtale med fleire debitorar, men i realiteten er det nokon som ikkje skal hefte prinsipalt ovarfor kreditor.<sup>44</sup>

Når det gjeld rettsverknadene ved brot på lojalitetsplikta inneheld ikkje finansavtalelova generelle sivilrettslege sanksjonar. Det følgjer av førearbeida at det vil bero på ei heilskapsvurdering etter den alminnelege avtalerett kva som er rettsverknaden ved ei mishalden lojalitetsplikt. Ein kausjonsavtale vil dermed kunne bli kjent ugyldig etter dei generelle ugyldigheitsreglane i avtalelova §§ 30, 33 og 36. I tillegg kan kausjonsansvaret lempast etter § 36.<sup>45</sup>

Det kan innvendast at desse reglane er generelle og skjønsmessige og dermed ikkje eignar seg til å regulere rettsverknadene ved brot på lojalitetsplikta. Til dette meinte departementet at det ville vore urimeleg at eitkvart brot på plikta skulle føre til ugyldigheit. Dei meinte dermed at det var behov for ei heilskapsvurdering og at denne heilskapsvurderinga like gjerne kunne gjennomførast etter dei generelle ugyldigheitsreglane i avtalelova enn etter særskilde ugyldigheitsreglar for kausjonsavtalar.<sup>46</sup>

### 3.1.1.2 Både preseptoriske og deklarasjonar kausjonsreglar

Det følgjer av finansavtalelova § 2 første ledd at lova ikkje kan fråvikast ved avtale til skade for forbrukaren. Etter andre ledd framgår det at lova er fråvikeleg dersom institusjonen sin kunde ikkje er forbrukar. Dette inneber at kausjonsreglane i finansavtalelova i utgangspunktet òg gjeld i næringsforhold der kreditor er ein finansinstitusjon. Eit viktig unntak er imidlertid reglane om opplysningsplikt etter § 59 og frårådingsplikta etter § 60. Her følgjer det uttrykkeleg av føresegnene at dei gjeld ved avtalar med forbrukar.

Når det gjeld kva som reknast som forbrukar er dette generelt definert i § 2 første ledd siste punktum. Her framgår det at med forbrukar meinast ein fysisk person når avtalen sitt føremål ikkje hovudsakleg er knytt til næringsverksemd. På grunn av det særlege trepartsforholdet

---

<sup>44</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 360

<sup>45</sup> NOU 1994:19 s. 178 og Ot.prp. nr. 41 s. 70.

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 70.

som ligg føre ved kausjonar, har ein valt å utdjupe forbrukaromgrepet i § 57 tredje ledd trass i at ein ville kome til same resultat etter § 2. Etter § 57 tredje ledd framgår det at ein vert rekna som forbrukar viss ein er ein fysisk person som kausjonerar for nokon andre si gjeld dersom føremålet for kausjonisten ikkje hovudsakleg knyt seg til kausjonisten si næringsverksemd. Det er altså ikkje avgjerande om kausjonen har tilknytnad til eit næringsforhold, men om kausjonen sitt føremål for kausjonisten ikkje hovudsakleg er knytt til næringsverksemda.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> NOU 1994:19 s. 175.

## **3.2 Lojalitetsplikt før inngåing av kausjonsavtale**

### **3.2.1 Opplysningsplikt før inngåing av kausjonsavtale (§ 59)**

#### **3.2.1.1 Generelt om opplysningsplikta**

Reglane etter finansavtalelova inneber at finansinstitusjonane på eige initiativ skal opplyse kausjonisten om bestemte tilhøve før kausjonsavtalen vert inngått. Opplysningsplikta etter finansavtalelova § 59 gjeld i forholdet mellom ein finansinstitusjon og forbrukarkausjonist. Etter denne føresegna følgjer det ikkje noko opplysningsplikt ovarfor hovuddebitor. Dette er imidlertid regulert i kapittel 3 i lova.

Føremålet med plikta etter § 59 er å opplyse forbrukaren om dei sentrale vilkåra i kausjonsavtalen, og gje dei auka innsikt i kva avtalen inneber før dei vel å binde seg.<sup>48</sup>

Opplysningane som er påkrevd etter føresegna skal gjevast skriftleg. Dette inneber eit avvik frå hovudregelen om at munnlege avtalar er like bindande som skriftlege. Eit slikt formkrav kan medverke til at kausjonisten verkeleg mottek viktige opplysningar om kausjonen, i tillegg til at det kan bidra til at kausjonisten set seg enda betre inn i ansvaret det medfører. Ifølgje førearbeida er føremålet med skriftlegheitskravet å sikre at opplysningane vert gjevne på ein tydeleg måte.<sup>49</sup> Det kan imidlertid argumenterast med at ein forbrukar som har behov for å få forklart dei grunnleggande elementa ved kausjonen som opplysningsplikta omfattar, truleg ikkje vil få noko særleg utbyte av generell skriftleg informasjon. Skriftlegheitskravet er ein del av dei forbrukarreglar som er påverka av førestellinga av at så lenge ein forbrukar får skriftleg informasjon, er forbrukaren sine interesser ivaretekne. Dette kan vere betenkeleg ettersom finansinstitusjonen kan finne det tilstrekkeleg å gje opplysningar skriftleg, sjølv om situasjonen tilseier at andre verkemiddel skulle ha vore nytta.<sup>50</sup>

Når det gjeld skriftlegheitskravet i finansavtalelova står finansinstitusjonen fritt til å bruke elektronisk kommunikasjon for å gje opplysningar, så lenge kunden ynskjer dette, jf. § 8 (1). Dersom kunden har godteke det, kan finansinstitusjonen til dømes opplyse og varsle kausjo-

---

<sup>48</sup> Ot.prp.nr. 41 (1998-1999) s. 5.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 25.

<sup>50</sup> Hagstrøm (2003) s. 52.

nisten via e-post. Kravet etter finansavtalelova er at opplysningane må gjevast via skriftteikn.<sup>51</sup>

Det er ikkje lovfesta kor lang tid i førevegen informasjon etter § 59 skal gjevast. På grunn av store variasjonar i dei enkelte avtaleforhold har ein ikkje valt å innta ei slik tidsgrense i finansavtalelova. Samstundes var ein redd for at ei minstetid i praksis ville fungere som ei standardtid, og at det kunne verke forseinkande i dei situasjonar der det ikkje er behov for så lang tid.<sup>52</sup>

§ 59 er ei svært detaljert føresegn. Store delar av § 59 reiser imidlertid ikkje noko særleg tolkingstvil. I det følgande vil difor dei delane av § 59 der det vil ha noko føre seg å seie noko utover det som følgjer direkte av ordlyden verte handsama.

### 3.2.1.2 Alminneleg risiko

I eit kausjonsforhold kan det for det første stillast spørsmål om ein finansinstitusjon har opplysningsplikt om den alminnelege risiko som knyt seg til kausjonsansvaret. Dette er regulert i § 59 litra a der det framgår at det ligg føre ei opplysningsplikt om slike tilhøve. Den alminnelege risiko ved kausjonsansvar kan framstå sjølvst, men føreseгна inneber at kausjonisten skal bli gjort merksam på at han må dekke hovuddebitor si gjeld dersom ikkje hovuddebitor oppfyller sin skyldnad i tråd med avtalen.<sup>53</sup> Finansinstitusjonen har plikt til å informere om dette uavhengig av sannsynet for at kausjonsansvaret vert gjort gjeldande.

Som nemnt har det vore retta kritikk mot verknaden av denne føreseгна, ettersom det kan spørjast om ein person som har behov for å få forklart den alminnelege risiko ved kausjonsansvaret i det heile teke vil få noko utbyte av eit ”standard informasjonsskriv”.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Ot.prp.nr. 41 (1998-1999) s. 25.

<sup>52</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s. 28.

<sup>53</sup> NOU 1994:19 s. 176.

<sup>54</sup> Hagstrøm (2003) s. 52.

### 3.2.1.3 Omfang

I finansavtalelova er det nedfelt eit spesialitetsprinsipp. Spesialitetsprinsippet sitt føremål er å medverke til at kausjonisten skal kunne forutbereke si rettsstilling. Dette inneber at ulike sider av kausjonsansvaret må presiserast ovarfor kausjonisten før det vert inngått bindande avtale. Dersom dette ikkje vert gjort vil det kunne føre til at kausjonisten si stilling vert vesentleg forverra ved etterfølgande avtalar mellom kreditor og hovuddebitor.<sup>55</sup>

Etter § 59 litra b og c skal det gjevast opplysningar om kausjonen sitt omfang. Her må det blant anna presiserast kva for avtalar kausjonen skal dekke.<sup>56</sup> Ei slik individualisering vil redusere moglegheita for at det oppstår usikkerheit knytt til kva skyldnader som skal omfattast. Det skal også gjevast opplysningar om størrelsen eller det høgaste beløp som kausjonen skal sikre. Dette er eit sentralt element ved kausjonsansvaret ettersom det er avgjerande for kor stort beløp kausjonisten vil kunne måtte svare for.

Reglane for omfanget av kausjonen skil seg frå ulovfesta rett. Etter desse reglane er det i utgangspunktet ikkje noko krav om kva avgrensing ein kausjon skal ha.<sup>57</sup> Ein kan dermed seie at desse nye reglane er med på å betre kausjonisten si moglegheit for å vurdere risikoen av kausjonsavtalen.

### 3.2.1.4 Sidesikkerheit

Det kan vidare stillast spørsmål om kreditor har plikt til å informere om sidesikkerheit. Etter § 59 litra d følgjer det at dersom det vert stilt eller føresett stilt pant eller anna form for sidesikkerheit for fordringa må finansinstitusjonen informere kausjonisten om dette. Denne opplysningsplikta gjeld uavhengig av rettsgrunnlaget for sidesikkerheita og kva prioritet sikkerheita skal ha.<sup>58</sup> Opplysningsplikta gjeld òg for gjeldsforsikring etter litra e.

Vidare skal det opplysast om verdien av pant og anna sikkerheit. Dette er eit viktig element ved kausjonsansvaret ettersom verdien av sikkerheit kan påverke kva tap kausjonisten sitt att

---

<sup>55</sup> NOU 1994:19 s. 181.

<sup>56</sup> NOU 1994:19 s. 176.

<sup>57</sup> Smith (1981) s. 209-210.

<sup>58</sup> NOU 1994:19 s. 177.

med til slutt. Sikkerheiter vil nemleg kunne dekke kausjonisten sin regress mot hovuddebitor, i tillegg til at det vil kunne dekke finansinstitusjonen sitt krav.<sup>59</sup>

Etter førearbeida følgjer det at opplysningsplikta etter litra d og e går føre finansinstitusjonen si lovbestemte teieplikt, med mindre det etter avtale ligg føre ei utvida teieplikt for finansinstitusjonen.<sup>60</sup>

### 3.2.1.5 Eldre gjeld

Dersom kausjonen skal omfatte eldre gjeld, kan ein stille spørsmål om det eksisterar ei særskild opplysningsplikt om dette. Etter § 59 litra g følgjer det at finansinstitusjonen skal informere om slike tilhøve. Her vil det ofte vere større risiko for at kausjonsansvaret kan bli gjort gjeldande, noko som dermed gjer kausjonen meir betenkeleg enn elles. I førearbeida vert det sagt at det eigentleg dreiar seg om å velte eit allereie inntrådt tap for långjevaren over på kausjonisten. Dette er grunnen til at det er svært viktig at det vert gjeve informasjon dersom kausjonsansvaret òg skal omfatte eldre gjeld.<sup>61</sup>

Føresegna omfattar ikkje berre tilfelle der det formelt vert kausjonert for eldre gjeld. Dersom det i realiteten er tale om at kausjonisten kausjonerar for eldre gjeld, skal dette vere omfatta av opplysningsplikta. Regelen inneber at så lenge finansinstitusjon veit at gamal gjeld vert vidareført ved ny kredittavtale er dei plikta til informere om forholdet.<sup>62</sup> Dette gjeld sjølv om den gamle gjelda i utgangspunktet er hjå ein annan finansinstitusjon.<sup>63</sup>

I Rt. 1984 s. 28 Tromsø Sparebank hadde kausjonisten kausjonert for eit selskap sin kassakreditt i ein bank. Kassakreditten var opna eit halvt år før kausjonen vart stifta og var betydeleg overtrukke ved kausjonsinngåing. Banken hadde ikkje gjeve opplysningar om dette. Høgsterett kom til at dette innebar eit brot på lojalitetsprinsippet. Dei la vekt på at kausjonserklæringa ikkje ville ha vore avgitt dersom kausjonisten hadde hatt kjennskap til dei faktiske

---

<sup>59</sup> NOU 1994:19 s. 177.

<sup>60</sup> NOU 1994:19 s. 177.

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 179.

<sup>62</sup> Sjøå RG 1992 s. 797 der det vart kausjonert for refinansiering av gamal leasinggjeld.

<sup>63</sup> NOU 1994:19 s. 179.

omstendene. Avgjerda er frå tida før finansavtalelova, men ein må likevel anta at den er skildrande for kva tilfelle som er omfatta av litra g.

Særskilt betenkeleg må det vere å kausjonere for eldre gjeld som allereie har vore mishalden. Det er difor fastlagt i føresegna at finansinstitusjonen skal opplyse særskilt der dette har vore tilfelle. Ifølge førearbeida vil ein ikkje rekne manglande opplysningar om kortvarige betalingsforseinkingar som brot på opplysningsplikta dersom det ikkje er i samband med manglande betalingsevne- eller vilje frå hovuddebitor.<sup>64</sup> Det er dermed berre mishald som det òg er sannsyn for kan påverke det framtidige kausjonsansvar som det er opplysningsplikt om.

### 3.2.1.6 Andre tilhøve

Det kan vidare stillast spørsmål om finansinstitusjonen har opplysningsplikt om andre tilhøve enn dei som fell innunder kategoriane ovanfor. Her følgjer det imidlertid av § 59 litra h at institusjonen skal opplyse om andre tilhøve som kausjonisten i samsvar med redelegheit og god tru har krav på å bli opplyst om. Denne føresegna er meint å fange opp tilfelle som ikkje er omfatta av dei andre førsegnene og som det er rimeleg at det vert opplyst om. Ein kan dermed seie at regelen fungerer som ein slags sikkerheitsventil.

Hagstrøm omtalar føresegna som ei rein omskriving av avtalelova § 33.<sup>65</sup> Føresegna tek typisk sikte på tilfelle der det er vesentleg risiko for mishald eller dersom det tidlegare har vore mishald eller vesentlege betalingsmerknader. Andre døme er insolvens, store tap, eller situasjonar der låntakaren er involvert i særlege risikofylte prosjekt som kan få alvorleg verknad for økonomien hans.<sup>66</sup>

Førearbeida syner også til to avgjerder frå tida før finansavtalelova som er illustrerande for kva tilfelle som kan omfattast. Her nemner førearbeida Rt. 1925 s. 501 Bly-sølvdommen der banken hadde kjennskap til at låntakar var ein bedragar. Førerbeida syner òg til RG 1986 s. 739 der det var kausjonert for sambuaren sin kassakreditt i samband med ein bruktbilforretning. Retten kom til at kausjonen var ugyldig og la vekt på at banken ikkje hadde gjeve til-

---

<sup>64</sup> NOU 1994:19 s. 179.

<sup>65</sup> Hagstrøm (2003) s. 58.

<sup>66</sup> NOU 1994:19 s. 179.

strekkeleg informasjon for å få kausjonisten ut av hennar subjektive oppfatning om kva som var kausjonsføremålet og at banken burde ha vore klar over hennar psykiske tilstand etter ei hending i banken i samband med at sambuaren forsvann. Situasjonar der finanstitusjonen forstår at kausjonisten ikkje har rett oppfatning av situasjonen vert dermed typisk omfatta av litra h.<sup>67</sup>

### **3.2.2 Frårådingsplikt (§ 60)**

#### **3.2.2.1 Generelt**

Finansavtalelova pålegg ikkje berre finanstitusjonane ei opplysningsplikt ved inngåing av kausjonsavtalar. I visse høve pliktar finanstitusjonen til og med å fråråde kausjonen. Denne generelle plikta er lovfesta i § 60, der første ledd oppstiller ei orienteringsplikt ved fråråding ovarfor hovuddebitor, medan andre ledd oppstiller ei frårådingsplikt når det gjeld forhold på kausjonisten si side.

I prosessen før vedtakinga av finansavtalelova møtte frårådingsplikta ein viss skepsis. Blant anna var Banklovkommisjonen kritisk til å pålegge finanstitusjonar ein slik skyldnad. Fleirtalet meinte at opplysningsplikta i § 59 litra h uansett ville fange opp tilfella. Det ville difor ikkje vere noko behov for ei frårådingsplikt. Mindretalet derimot, som også fekk medhald i Stortinget, meinte at det skulle lagast ei særleg frårådingsplikt i kausjonsforhold. Dei grunnga dette både ut frå lojalitetsomsyn ovarfor den långjevar inngår avtale med og omsynet til forsvarleg forretningsdrift. For det første er det finanstitusjonen som er den profesjonelle part og burde difor ha plikt til å gjere kausjonisten merksam på at det kan oppstå problem om kausjonsansvaret må innfriast. For det andre bør ein ikkje utan vidare godta nokon som kausjonist dersom hans økonomi er svak. Lojalitetsomsyn ovarfor dei private partane finanstitusjonen inngår avtalar med tilseier nettopp dette.<sup>68</sup> Departementet gjorde seinare gjeldande at regelen òg ville kunne verke konfliktskapande.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> NOU 1994:19 s. 179.

<sup>68</sup> NOU 1994:19 s. 55.

<sup>69</sup> Ot. prp. nr. 41 (1998-1999) s. 72.



### 3.2.2.2 Orienteringsplikt

§ 60 første ledd inneheld ei orienteringsplikt for finansinstitusjonen dersom den har fråråda låntakar å ta opp kreditten. Føresegna gjev ikkje noko avgrensing for kva type kausjonistar orienteringsplikta gjeld ovarfor. Plikta etter første ledd gjeld difor både ovarfor forbrukarar og ovarfor næringskausjonistar.

Kredittgjevarar kan ha plikt til å fråråde forbrukar å oppta kreditten, jf. finansavtalelova § 47. Etter § 60 første ledd følgjer det at kredittgjevaren skal underrette kausjonisten om dette skriftleg før ein eventuell kausjonsavtale vert inngått eller før lånet vert utbetalt. Føremålet med frårådingsplikta i vanlege låneavtalar etter § 47, er å hindre at låntakar tek opp lån som han truleg ikkje klarar å betjene på vanleg måte. I tillegg vil det kunne gje institusjonen eit ytterlegare incentiv til å ikkje yte kreditt til forbrukarar som har eit urealistisk bilete av sin eigen økonomi. Regelen vil òg kunne føre til større rettferd mellom kreditorane, ettersom den hindrar likestilling mellom kreditorane i situasjonar der til dømes den første kausjonen var fullt forsvarleg, medan den andre kausjonen var uforsvarleg som følge av at den totale kredittmengda vart for stor.<sup>70</sup>

Dersom det i eit kausjonsforhold ligg føre ei fråråding ovarfor hovuddebitor etter § 47, skal altså kausjonisten underrettast. I ein slik situasjon vil finansinstitusjonen være den næraste til å gje ei slik orientering. Det følgjer av førearbeida at når det ligg føre ei lovfesta frårådingsplikt ovarfor låntakar er det naturleg at kausjonisten skal orienterast dersom det har blitt gjeve ei slik fråråding.<sup>71</sup> Som ein kan sjå inneber ikkje § 60 første ledd at kredittgjevar skal *fråråde* kausjonisten, men at han skal *underrette* kausjonisten dersom det ligg føre ei fråråding i hovudforholdet. Bankklagenemnda har uttalt at første ledd berre er ein ”refleks” av frårådingsplikta i § 47.<sup>72</sup> Det kan difor gjerast gjeldande at første ledd er ein del av opplysningsplikta, i staden for ein del av frårådingsplikta.

Det kan tenkjast at det ligg føre eit brot på § 60 første ledd i dei tilfelle der det er blitt gjeve underretting, men der denne ikkje kan reknast som tilstrekkeleg. Dette kan til dømes vere at

---

<sup>70</sup> NOU 1994:19 s. 54-55.

<sup>71</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s. 22.

<sup>72</sup> BKN-2004-164.

institusjonen har underretta kausjonisten, men ikkje har oppfylt skriftlegheitskravet, jf. § 60 første ledd første punktum. Det kan også stillast spørsmål om det ligg føre ei orienteringsplikt i dei situasjonar der institusjonen *burde* ha fråråda å oppta kreditten. Etter tredje punktum følgjer det at også desse tilfella er omfatta av orienteringsplikta. Det er dermed ikkje avgjerande om kredittinstitusjonen faktisk har fråråda låntakar.

Dette vart vurdert i BKN-2002-101 der ein person hadde realpantsett leilegheita si for 60 000 kr til sikkerheit for sin dåverande kjærast sitt lån. Bankklagenemnda kom til at banken ikkje hadde overtrådt § 60 første ledd tredje punktum. Dei la vekt på at lånet var av beskjedne størrelse og at det ikkje var haldepunkt for at det var ein særleg risiko for at låntakar ikkje klarte å betjene skyldnaden. I tillegg drog nemnda fram den felles interesse låntakaren og kausjonisten hadde i lånet. Sjølv om inntekta til låntakar framstod som ”nokså ubestemmelig” førelåg det ikkje eit brot på § 60 første ledd tredje punktum.

### 3.2.2.3 ”Den eigentlege frårådingsplikta”

#### 3.2.2.3.1 *Generelt*

Utgangspunktet i kausjonsretten er som nemnt at kausjonen inneber ein risiko og at kausjonisten sjølv skal vurdere eigen økonomi og betalingsevne. Etter § 60 andre ledd har imidlertid finansinstitusjonen ei plikt til å fråråde kausjonisten å ta på seg kausjonsansvar ved særlege omstende. Denneplikta vert gjerne omtala som ”den eigentlege frårådingsplikta”.<sup>73</sup> Dette inneber at dersom kredittgjevaren ”må anta at økonomisk evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at denne bør alvorlig overveie å avstå fra kausjonen, skal kredittgiver skriftlig underrette kausjonisten om dette”, jf. andre ledd første punktum. Denne regelen er parallell med den frårådingsplikt finansinstitusjonen har ovarfor låntakar etter § 47 og ein må kunne legge til grunn at dei same momenta kan vektleggast under føresetnad av at dei passsar.

#### 3.2.2.3.2 *Skriftleg og munnleg fråråding*

Det følgjer av andre punktum at frårådinga så vidt mogleg skal gjevast munnleg. Dette var eit resultat av ei lovendring i 2010 og vil seie at frårådinga som hovudregel skal gjevast både skriftleg og munnleg, jf. første og andre punktum. Reservasjonen ”så vidt mulig” kjem berre

---

<sup>73</sup> Grøttjord og Rósen (2014) s. 382.

til anvendelse unntaksvis der kredittgjeveren trass i føremålstenlege forsøk ikkje har fått kontakt med kausjonisten og der ein ikkje bør utsetje avtaleinngåinga. I slike tilfelle er det altså tilstrekkeleg at frårådinga berre vert gjeve skriftleg. Siktemålet med dette var å gjere frårådingsplikta meir effektiv.<sup>74</sup>

### 3.2.2.3.3 Hovudelementa i frårådingsplikta

Ser ein nærare på frårådingsplikta i § 60 andre ledd kan ein sjå at det er tre hovudelement som må ligge føre dersom frårådingsplikta skal utløysast. For det første er det slik at finansinstitusjonen ”må anta” dei tilhøve som er skildra i lova. For det andre må tilhøva vere på kausjonisten si side og gjelde ”økonomisk evne eller andre forhold”. For det tredje må tilhøva tilseie at kausjonisten ”alvorlig bør overveie” å avstå frå kausjonen.

Når det gjeld det første elementet følgjer det av føreseigna at frårådingsplikta inntreir dersom kredittgjeveren ”må anta” dei nærare omstendene som er skildra i føreseigna. I denne relasjon oppstår det ei problemstilling knytt til kva som skal til før ein kan seie at kredittgjeveren ”må anta” noko. Det ligg i uttrykksmåten at det ikkje er naudsynt med faktisk kunnskap om tilhøva som utløyser frårådingsplikta. Det er heller ikkje slik at frårådingsplikta vert utløyst dersom finansinstitusjonen ”burde” anta dei nærare omstenda. I staden må ein etter ei naturleg språkleg forståing kunne legge til grunn at det må eksistere tilhøve som gjev finansinstitusjonen grunnlag for å ”anta”, og at desse er så tydelege at ein må legge til grunn at finansinstitusjonen *må* anta at den økonomiske evna eller andre tilhøve til på kausjonisten si side tilseier at han bør alvorleg overveie å avstå frå kausjonen.

Ser ein på elementet om kva tilhøve hjå kausjonisten som kan tilseie fråråding, kan ein sjå at føreseigna opererar med ei todeling, nemleg ”økonomisk evne” og ”andre forhold”. For den første gruppa oppstår problemstillinga kva som skal til for at ein kan slutte at den økonomiske evna tilseier at ein alvorleg bør tenkje igjennom å avstå frå kausjonen. Her vert spørsmålet om forholdet mellom faste inntekter og kausjonsbeløpet gjer det klart at kausjonisten ikkje vil makte kausjonsansvaret.<sup>75</sup> I samband med dette er det fleire tilhøve som kan utløyse frårådingsplikt. For det første kan det vere omstende som at *den samla gjeldspåkjenninga* vert

---

<sup>74</sup> Prop. 65 L (2009-2010) s. 219 og 226.

<sup>75</sup> Grøttjord og Rosén (2013) s. 388 jf. NOU 1994:19 s. 57 og Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s. 22.

for stor holdt opp mot inntektene. Dette vart vurdert i ei avgjerd frå bankklagenemnda i BKN-2010-100. Her hadde ein person som var majoritetseigar, styreleiar og dagleg leiar i eit selskap kausjonert med 500 000 kr for eit lån selskapet hadde. Nemnda kom til at det ikkje låg føre ei frårådingsplikt etter § 60 andre ledd. Dei la til grunn at ved kredittvurderinga av ein kunde må ein kunne legge avgjerande vekt på dei opplysningar kunden sjølv presenterar for banken. I saka hadde kausjonisten lagt fram budsjett og reknskapstal for banken som synte ei venta positiv utvikling for selskapet. Nemnda la vekt på at kausjonisten sitt samla lån ikkje var større en at det kunne betjenast med ei alminneleg lønsinntekt, noko som i denne saka var realistisk.

Ei sak der nemnda kom til motsett resultat var BKN-2010-85. Nemnda fann at kausjonisten hadde motteke tilstrekkelege opplysningar etter § 59, men at banken hadde brote frårådingsplikta etter andre ledd. Nemnda la vekt på at kausjonisten hadde ei gjeld på nærare ti gonger si inntekt same år ho inngjekk kausjonsavtalen.

Når det gjeld ektepar og sambuarar kan ein stille spørsmål om dei skal vurderast kvar for seg eller saman. I slike tilfelle har nemnda lagt til grunn at det er den samla økonomien som er avgjerande.<sup>76</sup> I tillegg må banken kunne føresette at til dømes to partar som skal gifte seg har tillit til kvarandre og vil bidra til det økonomiske fellesskap.<sup>77</sup>

Under alternativet ”økonomisk evne” har det òg betydning *kva formuesgode* som må realisere-  
rast dersom kausjonen må innfriast.<sup>78</sup> Nemndspraksis syner at banken har ei frårådingsplikt i situasjonar der kausjonisten er nøydd til å selje ein bustad for å innfri kausjonsansvaret. Finansklagenemnda vurderte i FINKN-2011-321 ein situasjon der ei mor kausjonerte for dottera sitt lån på 700 000 kr for å overta ein helse- og treningssalong. Det vart stilt realkausjon ved at kausjonisten pantsatte den einaste bustaden sin. Hovuddebitor var nyutdanna og hadde ei usikker betalingsevne. Banken hadde tillagt kausjonen stor vekt då lånet vart innvilga. I denne saka kom nemnda til at banken hadde handla i tråd med frårådingsplikta, ettersom banken

---

<sup>76</sup> Jf. bla. BKN-2010-26 og BKN-2009-3.

<sup>77</sup> Sjå BKN-2009-3.

<sup>78</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 392 og Sætermo (2005) s. 48.

hadde skriftleg fråråda å stille realkausjon og samstundes presisert at klagar kunne få problem med å oppfylle kausjonsansvaret utan at pantet vart realisert.<sup>79</sup>

Nemndspraksis syner imidlertid at frårådingsplikta vanlegvis berre gjeld i tilfelle der kausjonisten sjølv nyttar eigedomen som bustad, jf. BKN-2003-136.<sup>80</sup> I andre tilfelle vil det normalt ikkje vere så inngripande for kausjonisten å selje eigedomen, ettersom han kan innfri skyldnaden utan sjølv å måtte flytte. I tillegg slepp kausjonisten å ta hand om gjelda med andre midlar. Dersom kausjonisten pantset ein eigedom vil ein altså måtte legge betydeleg vekt på om kausjonisten sjølv nyttar eigedomen som bustad i vurderinga av om det ligg føre ei frårådingsplikt.

Ser ein på den andre gruppa i § 60 andre ledd, oppstår problemstillinga kva ”andre forhold” som kan utløyse frårådingsplikt. For det første har det blitt framheva at *kausjonisten si interesse* i det forhold det vert kausjonsert for kan ha betydning i vurderinga.<sup>81</sup> I BKN-2004-164 hadde kausjonistane pantsett bustaden til sikkerheit for engasjement som deira selskap hadde i det innklaga finansieringsselskapet. Nemnda kom til at det ikkje låg føre ei frårådingsplikt ettersom engasjementet framstod som ein gjennomtenkt redningsoperasjon både for selskapet, men òg for dei sjølv. Deira økonomiske situasjon var nemleg sterkt avhengig av selskapet.<sup>82</sup>

Òg personlege tilhøve ved kausjonisten kan takast med i vurderinga under ”andre forhold”.<sup>83</sup> Dette vart gjort i BKN-2004-66, der kausjonisten hadde kausjonert for eit langsiktig lån som hadde vore refinansiert fleire gonger. Nemnda kom til at kausjonen måtte setjast til side etter avtalelova § 36, og la vekt på kausjonisten si mentale stilling, låneengasjementet sin karakter og dei økonomiske konsekvensane for kausjonisten. Kausjonisten var lettare/moderat mentalt retardert, noko som måtte vere synbart for banken.

---

<sup>79</sup> For andre avgjerder der ein bustad som kausjonisten bur i vart stilt som sikkerheit, sjå òg BKN-2008-5, BKN-2004-72, BKN-2004-71.

<sup>80</sup> Sjø òg BKN-2010-93 og BKN-2005-118.

<sup>81</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 392 og Sætermo (2005) s. 48.

<sup>82</sup> Sjø òg BKN-2004-164.

<sup>83</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 394 og Sætermo (2005) s. 48.

Øg visse omstende i solidariske kausjonsforhold kan reknast som ”andre forhold” etter § 60.<sup>84</sup> Det kan til dømes ligge føre ei frårådingsplikt i tilfelle der det er fleire kausjonistar og institusjonen har fråråda ein eller fleire av dei. Sjølv om utgangspunktet er at kvar av kausjonistane må rekne med å bli krevd for heile beløpet, kan det vere omstende som gjer til at institusjonen har ei frårådingsplikt etter andre ledd, jf. FINKN-2011-317.<sup>85</sup>

Vidare syner nemndspraksis at ikkje berre tilhøve på kausjonisten si side har vore vektlagt. Nemnda har òg føreteke ei kumulasjon av tilhøve på både kausjonisten og hovuddebitor si side. Dette er tilhøve som kvar for seg ikkje dannar grunnlag for noko frårådingsplikt, men til saman er tilstrekkeleg for at ein kan konkludere med at det ligg føre ei frårådingsplikt. Ein slik kumulasjon er ikkje særskilt regulert i finansavtalelova, men har altså blitt føreteke i nemndspraksis, til dømes BKN-2004-72.<sup>86</sup>

Ei problemstilling som det er usemje om, er kva betydning kausjonisten sine eigne føresetnader har å seie for finansinstitusjonen si frårådingsplikt. I samband med dette kan det bli spørsmål om det eksisterar ei frårådingsplikt i dei situasjonar der kausjonisten har større innsikt i kausjonsforholdet enn det kreditor har. Dette vart blant anna handsama i ei avgjerd innteke i RG 2009 s. 1162. I denne saka hadde eit selskap fått lån og garantiar i DnB. Dei fire stiftarane av selskapet stilte solidarisk forbrukarkausjon for låna og garantiane. Etter ei tid vart det opna konkurs i selskapet og banken krevde kausjonistane for beløpa. Ein av kausjonistane gjorde gjeldande at banken ikkje kunne kreve han for kausjonsbeløpet ettersom han meinte at banken hadde brote § 59 litra h og § 60 andre ledd. I relasjon til opplysningsplikta kom retten til at det låg føre brot, men at kausjonisten likevel ville kausjonert for beløpet trass i at han hadde hatt den aktuelle kunnskapen. I relasjon til frårådingsplikta kom retten til at banken ikkje hadde plikt til å fråråde kausjonen. Retten la vekt på at ”Tollefsen hadde en erfaring og kyndighet som gjorde ham fullt ut i stand til selv å vurdere risikoen ved kausjonsansvaret ”.

---

<sup>84</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 394-395.

<sup>85</sup> Sjø òg BKN-2009-167 og BKN-2009-97.

<sup>86</sup> Hansen (2005) s. 252.

Kva grunnlag retten byggjer på når dei gjer gjeldande at det ikkje ligg føre ei frårådingsplikt i eit tilfelle der kausjonisten sjølv er i stand til å vurdere risikoen av kausjonsansvaret framkjem ikkje i dommen. Sjølv om utgangspunktet i kausjonsretten er at kausjonisten er nærast til å vurdere sin eigen betalingsevne og føreta eigne undersøkingar, gjev ikkje finansavtalelova heimel for å ta dette i betraktning når det gjeld frårådingsplikt etter § 60. Dette har det blitt teke til orde føre av Grøttjord og Rosén som seier at retten sin rettsanvendelse ikkje er søkt forankra i autoritative kjelder og at den etter deira syn ikkje representerar gjeldande rett på området. Dei syner vidare til LB-2006-66130 der retten føreset at ein skal avstemme frårådningssplikta mot undersøkingsplikta. Heller ikkje i denne avgjerda vert det synt til autoritative kjelder som grunnlag for standpunktet.<sup>87</sup>

### 3.2.2.4 Ein del av lojalitetsplikta?

Eit spørsmål som gjer seg gjeldande er om frårådingsplikta er ein del av den alminnelege lojalitetsplikta eller om den kan seiast å vere ei positivrettsleg regulering utan grunnlag i lojalitetsplikta.

Det framgår av førearbeida til finansavtalelova at frårådingsplikta i hovudsak må antakast å vere ei kodifisering av det som følgjer av avtalelova §§ 30, 33 og 36, og ulovfesta reglar om lojalitet.<sup>88</sup> Denne frårådingsplikta vart først slege fast i Rt. 1959 s. 1048 der det vart lagt til grunn at det måtte dreie seg om eit ”håpløst foretagende” for at kreditor skulle ha ei slik plikt. I dette låg det at det måtte vere openbart at kausjonisten ikkje kunne oppfylle avtalen. Det skulle altså mykje til før ein kunne konkludere med at kreditor hadde ei frårådingsplikt.

I Rt. 2003 s. 1252 vert det uttalt at det i tida etter 1959 har vore ei utvikling med auka vektlegging av av lojalitet og samarbeid mellom kontraktspartar, og at frårådingsplikta var meir omfattande i 1994 enn i 1959. Nokre klare døme på dette er imidlertid ikkje enkelt å finne. Ein må dermed kunne legge til grunn at lova sine reglar om fråråding går lenger enn det som følgjer av den alminnelege lojalitetsplikta. For det første må ein kunne anta at terskelen etter den alminnelege lojalitetsplikta er lågare. For det andre opnar finansavtalelova for at ein også kan ta andre tilhøve enn økonomisk evne i betraktning. Med dette vil ein kunne seie at fi-

---

<sup>87</sup> Grøttjord og Rosén (2013) s. 387-388.

<sup>88</sup> NOU 1994:19 s. 54.

nansavtalelova si frårådingsplikt er vidtgåande samanlikna med det som har fulgt av den alminnelege lojalitetsplikta.<sup>89</sup>

Ein kan også sjå at det på nokre andre kontraktsrettslege område gjeld ei frårådingsplikt. Dette er til dømes lovfesta i bustadoppføringslova § 8 som langt på veg svarar til handverkartenenestelova § 7.<sup>90</sup> I førarbeida til bustadoppføringslova vart det uttalt:<sup>91</sup>

”Føresegnene må formulerast nokså rundt, og det er vanskeleg å seie om lovfestinga inneber stort meir enn det som følgjer av allmenne reglar. I alle høve er det grunn til å tru at lovfestinga ikkje går lenger enn det som er rekna som god skikk mellom seriøse yrkesutøvarar.”

Det følgjer her at frårådingsplikta truleg er i samsvar med såkalla bransjenormer, men om frårådingsplikta følgjer av den alminnelege lojalitetsplikta vert ikkje utgreia eller konkret teke stilling til.

Domstolen har vore varsam med å gje ei vurdering av frårådingsplikta si forankring i lojalitetsplikta. I RG 2009 s. 1134 vart det imidlertid drøfta om det gjaldt ei frårådingsplikt for eigedomsmeklarar. Her kom retten til at det mangla heimel i lov for ei slik plikt, i tillegg uttalte dei at det ikkje er haldepunkt for at finansavtalelova § 47 gjev uttrykk for ei alminneleg frårådingsplikt.

Når førearbeida til finansavtalelova talar om at frårådingsplikta ”i hovedsak” er ei lovfesting av eldre rett må ein som Hagstrøm har gjort gjeldande, truleg lese uttalingane i førearbeida ut frå konteksten, nemleg som ledd i den politiske prosess. Mindretalet i Banklovkommisjonen sitt føremål var nok å framheve at regelen neppe innebar meir enn ei lovfesting av eldre rett, medan fleirtalet sin strategi var å framheve at reguleringa dermed var overflødig.<sup>92</sup>

Det kan etter dette truleg leggst til grunn at frårådingsplikta berre for ein liten del er omfatta av den alminnelege lojalitetsplikta. Frårådingsplikta kan seiast å vere forankra i lojalitetsplikta

---

<sup>89</sup> Hagstrøm (2011) s. 179.

<sup>90</sup> NOU 1992:9 s. 61.

<sup>91</sup> NOU 1992:9 s. 31.

<sup>92</sup> Hagstrøm (2003) fotnote nr. 43.



der det er tale om ” håpløst foretagende”, jf. Rt. 1959 s. 1048. Den frårådingsplikta som er nedfelt i finansavtalelova §§ 47 og 60 må difor i stor grad truleg reknast for å gå utover dei krav som følgjer av den alminnelege lojalitetsplikta.

### **3.3 Lojalitetsplikt etter inngåing av kausjonsavtale**

#### **3.3.1 Varslingsplikt (§§ 62, 63)**

##### **3.3.1.1 Generelt**

Ei problemstilling som oppstår er om kreditor kan seiast å ha ei varslingsplikt om visse oms-  
tende etter at kausjonsavtalen er inngått. Her kan ein sjå at finansavtalelova inneheld regule-  
ringar som pålegg finansinstitusjonane ei slik plikt. Lojalitetsplikta gjer seg dermed gjeldande  
øg på kausjonen sitt sikringsstadium. Varslingsplikta er grunngeven i kausjonisten sine inte-  
resser ved at han skal få høve til å innrette seg og bu seg på dei tilhøve som eventuelt kan inn-  
tre. Til dømes kan eit betalingsmishald vere det første teikn på at økonomien til debitor byrjar  
å verte dårleg og at kausjonen i siste omgong må innfriast. Ei varslings vil dermed kunne bidra  
til at kausjonisten klargjer sin eigen økonomi for at kausjonsansvaret kan bli gjort gjeldande,  
noko som vil gjere sjølve innfriingsprosessen enklare.<sup>93</sup>

##### **3.3.1.2 Varslingsplikt ved manglande sikkerheitsstilling m.v. (§ 62)**

Den første delen av varslingsplikta i finansavtalelova er § 62 som seier at ein institusjon plik-  
tar utan ugrunna opphald å varsle kausjonisten dersom sikkerheit eller gjeldsforsikring fell  
vekk eller ikkje vert stilt som føresett.

Bortfall av sikkerheit kan gjere at kausjonisten sitt ansvar vert enda meir aktuelt. At det skal  
vere stilt sidesikkerheit kan vere ein vesentleg føresetnad for at kausjonisten i det heile teke  
vel å inngå kausjonsavtalen. Å varsle kausjonisten er dermed viktig for at han skal ha eit rett  
bilete av kausjonen og den risiko som ligg føre.

For det første framgår det av første ledd at varslings skal vere skriftleg.<sup>94</sup> Vidare skal vars-  
linga gjevast ”uten ugrunnet opphold”. Føresetnaden om at det er stilt sidesikkerheit spelar  
altså ein så viktig rolle i kausjonsavtalen, at det ikkje utan grunn kan unnlatast å gje varsel om  
det med ein gong institusjonen vert kjent med tilhøvet.

---

<sup>93</sup> NOU 1994:19 s. 182 og Ot.prp. nr. 41 s. 75.

<sup>94</sup> Sjå punkt 3.2.1.1 når det gjeld innhaldet i skriftlegheitskravet.

Føresegna avgrensar ikkje mot sidesikkerheit som er stilt av låntakaren sjølv. Etter § 62 skal det òg varslast dersom sidesikkerheit stilt av tredjemenn fell vekk.<sup>95</sup> Grunnar til at sikkerheit kan falle vekk og som det skal varslast om etter litra a er til dømes at det aktuelle panteobjekt går til grunne eller at ein medkausjonist avgår ved døden.<sup>96</sup> Etter litra b skal varsel gjevast dersom gjeldsforsikring som føresett manglar. Dette gjev kausjonisten høve til sjølv å teikne gjeldsforsikring.<sup>97</sup>

Dersom gjeldsforsikringa derimot er stilt som føresett, skal finansinstitusjonen likevel varsle kausjonisten for det tilfelle at ”det senere inntretr forhold som kan føre til at dekningen under forsikringen faller bort eller blir vesentlig endret”, jf. § 62 andre ledd. Dette varselet skal gjevast i god tid før dekninga endrast, jf. § 62 andre ledd. Situasjonar som er omfatta av denne regelen er til dømes dersom låntakaren ikkje betalar forsikringspremie eller at han heilt eller delvis ynskjer å seie opp forsikringa. Også her er varslinga grunngjeve i at kausjonisten sjølv bør gjevast høve til å utføre tiltak. Dette kan til dømes vere å legge press på låntakar eller at kausjonisten sjølv bryt inn og betalar forsikringspremien.<sup>98</sup>

### 3.3.1.3 Varslingsplikt ved mishald, betalingsutsetjing m.v. (§ 63)

Ei anna viktig side av varslingsplikta gjer seg gjeldande ved mishald eller betalingsutsetjing på låntakar si side. Dette og ei rekke andre tilhøve på kausjonisten si side er regulert i § 63. Her følgjer det av første ledd at dersom låntakar misheld skal kausjonisten varslast skriftleg. Sidan kausjonisten sitt høve til å ivareta sine interesser ofte er sterkt knytt til kor tidleg han får kunnskap om eit mishald, er det nedfelt i føresegna at varselet ikkje skal gjevast seinare enn tre månader etter at mishaldet inntraff. Det er altså ikkje avgjerande kortid institusjonen vart klar over mishaldet eller føretok noko i saka, det avgjerande er det tidspunktet mishaldet materialiserte seg.

Når det gjeld sjølve varselet følgjer det av ei naturleg forståing av ordlyden at kausjonisten personleg skal motta varselet. Rettspraksis syner på ei anna side at krava til varsel ikkje alltid

---

<sup>95</sup> NOU 1994:19 s. 182.

<sup>96</sup> NOU 1994:19 s. 182 og Grøttjord og Rosén (2014) s. 401.

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 116.

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 116.

er så strenge. Dette beror imidlertid på ei konkret vurdering. Tidlegare har retten kome til at det ikkje har vore handla i strid med varslingsplikta sjølv om varselet innholdt manglar. Dette var tilfelle i HR-2007-253-U som gjaldt anken over lagmannsretten sin dom i LF-2006-31241. Her hadde to styremedlem i eit aksjeselskap kausjonert for eit byggelån til selskapet. Kausjonistane gjorde gjeldande at varslingsplikta etter § 63 første ledd ikkje var oppfylt. Retten kom til at varslingsplikta var overholdt. Retten la vekt på at kausjonistane hadde ein særleg relasjon til låntakar og at det ville bære preg av urimeleg formalisme å oppstille krav om skriftleg varsel til kausjonistane på deira private adresse. Dei gjorde gjeldande at dersom ein lempar på kravet om at ein må sende varsel personleg, vil det lett kunne føre til tvistar om kva kunnskap kausjonisten hadde om mishaldet. Dette var imidlertid utan betydning ettersom det ikkje førelåg tvil om at kausjonistane hadde kunnskap om mishaldet. Av same grunn gjorde heller ikkje innrettingsomsynet bak føresegna seg gjeldande.

Kjæremålsutvalet kom til at anken om feil rettsanvendelse openbart ikkje kunne føre fram. Dei framheva òg at kausjonistane handla for selskapet som var låntakar og at brevet som var feiladressert var bestemt for kausjonistane og at dei ikkje gjennom ein tilfeldigheit vart orientert om mishaldet.

Rettspraksis syner dermed ein har tolka § 63 første ledd innskrenkande og at det er høve til å lempe på krava til varsel, men at dette må avgjerast konkret.<sup>99</sup> Sjølv om det fleire gonger har vore konkludert med at det ikkje har vore brot på varslingsplikta der varselet inneholdt manglar, har ein ikkje i rettspraksis valt å ta stilling til om det kan utleiast eit generelt unntak frå varslingsplikta i § 63.<sup>100</sup>

Kva som skal til for at det ligg føre eit mishald etter § 63 må avgjerast med utgangspunkt i den konkrete kausjonsavtale. Når det gjeld kva type mishald som er omfatta av § 63 første punktum gjev ikkje lovteksten noko klart svar. Førearbeida verkar imidlertid å føresette at første punktum rettar seg mot betalingsmishald.<sup>101</sup> At tredje punktum omhandlar visse delar

---

<sup>99</sup> Sjø òg LA-2006-82448 og LB-2009-140488.

<sup>100</sup> LB-2009-140488.

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 41 s. 76-78.

av antisipert mishald støttar òg dette.<sup>102</sup> Det må dermed leggjast til grunn at første ledd første punktum omhandlar betalingsmishald.

For forbigåande mishald er det gjort unntak for varslingsplikta, jf. § 63 første ledd andre punktum. Mishald som ikkje overstig to månader og som ikkje gjev grunn til frykte svikt i betalingsevna vert rekna som forbigåande mishald, jf. tredje punktum. Dette kan til dømes vere tilfelle der låntakar gløymer å betale i tide eller at det oppstår forseinkingar i betalingsformidlinga.<sup>103</sup> Det er altså mishald som vert rekna for å ikkje ha noko innverknad på kausjonsansvaret sin aktualitet som er unnteke varslingsplikt.

Andre ledd presiserar at institusjonen skal halde kausjonisten informert om den vidare utvikling i låneforholdet. Dette inneber også at plikta til å halde kausjonisten informert opphøyrer dersom mishaldet ikkje lenger er til stades.<sup>104</sup>

Ein situasjon som kan vere problematisk er der kausjonisten kan ha grunn til å tru at mishaldet er ordna opp i etter at det har blitt gjeve varsel. Dette kan til dømes vere der det har gått lang tid frå mishald av ein termin utan at kausjonisten får noko meir informasjon eller ved at institusjonen har informert om at det faktisk er betalt. Her følgjer det av andre ledd andre punktum at det gjeld ny varslingsplikt. Institusjonen kan altså ikkje halde seg passiv ved mishald av ein seinare termin dersom kausjonisten hadde grunn til å tru at det første mishaldet var ordna opp i.

I LF-2012-40955 hadde ikkje institusjonen handla i tråd med varslingsplikta si etter andre ledd. Lagmannsretten kom til at dei etterfølgende forhold gav kausjonisten grunn til å tru at forholdet var brakt i orden, og institusjonen hadde ikkje tvangsgrunnlag utan nytt varsel. Varselet måtte ha vore gjeve før kausjonsansvaret sitt utlauf. Institusjonen hadde i tida etter det første varselet inngått ein nedbetalingsavtale med låntakar og informert kausjonisten om dette. Vart avtalen fulgt ville det innebere at det ikkje var grunnlag for ytterlegare pågang for å få innfridd lånet. Det same gjaldt i så fall ovarfor kausjonisten. Etter lagmannsretten si oppfat-

---

<sup>102</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 404.

<sup>103</sup> NOU 1994:19 s. 182.

<sup>104</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 406.

ning satte den mishaldsbeføyelsar på tidlegare grunnlag ut av kraft. Når det gjaldt tidsforløpet etter første varsel var sendt uttalte retten generelt:

”Riktignok kan ikke kausjonisten holde ansvaret unna ved å reise innsigelser og holde diskusjonen i gang og på den måten sørge for at tiden går, men det er en grense for hvor lang tid som kan gå, og dertil hvordan kredittinstitusjonen forholder seg i mellomtiden og særlig hvordan institusjonen avslutter diskusjonen uten at det utløser krav om nytt varsel.”

Vidare følgjer det av tredje ledd at det skal varslast skriftleg kvar gong det vert avtalt betalingsutsetjing utover tre månader. Dette skal etter føresegna gjerast utan ugrunna opphald. Grunngevinga bak regelen er at betalingsutsetjing ofte heng saman med at låntakaren har betalingsproblem.<sup>105</sup> Etter fjerde ledd skal det varslast dersom institusjonen vert kjent med at låntakar er død, at det er opna gjeldsforhandling eller konkurs, eller at kredittkunden har framsett søknad om gjeldsforhandling.

### **3.3.2 Passiv opplysningsplikt (§ 64)**

Ei anna side av kreditor si lojalitetsplikt er at han har ei opplysningsplikt dersom kausjonisten rettar førespurnad, jf. § 64. Etter litra a og b skal institusjonen opplyse om kausjonskravet sin størrelse, rente og gebyr. Etter litra c skal det opplysast om resultatet av eventuelle undersøkingar som kredittgjeveren har føreteke av låntakar si betalingsevne og verdien av andre sikkerheiter.

### **3.3.3 Endringar (§ 65)**

Ei problemstilling som kan oppstå er kva høve kreditor har til å føreta endringar etter at kausjonsavtalen er inngått. Utgangspunktet i kausjonsretten er at hovuddebitor og kreditor ikkje kan pålegge kausjonisten auka byrde utan samtykke frå kausjonisten.<sup>106</sup> I tråd med dette utgangspunktet følgjer det av § 65 første ledd eit forbod mot at finansinstitusjonen kan atterhalde seg retten til einsidig å endre vilkåra i *kausjonsavtalen* til skade for kausjonisten. Det er imidlertid høve til å endre avtalen ved samtykke, jf. andre ledd. Her framgår det blant anna at opplysningsplikta i § 59 gjeld så langt den passar.

---

<sup>105</sup> NOU 1994:19 s. 182-183.

<sup>106</sup> Smith (1981) s. 359.

Tredje ledd regulerar imidlertid endring av *låneavtalen*. Her følgjer det at endringar til skade for kausjonisten ikkje har verknad ovarfor han. Skulle det derimot føreligge samtykke vil andre ledd gjelde tilsvarende og opplysningsplikta etter § 59 vil gjelde så langt den passar, jf. tredje ledd andre punktum. Tredje ledd vil dermed beskytte dei forventningar kausjonisten har fått på grunnlag av låneavtalen som er motteke etter § 59 andre ledd.<sup>107</sup>

### 3.3.4 Frigjeving av sikkerheit (§ 66)

Ei anna problemstilling som kan oppstå er om kreditor har høve til å frigje sikkerheit etter at kausjonsavtalen er inngått. I § 66 framgår det av første ledd første punktum at det ikkje kan frigjevast pant eller anna sikkerhet som var stilt eller føresett utan samtykke frå kausjonisten. Ei frigjeving vil kunne føre til ei monaleg auke i risikoeksponeringa til kausjonisten. Sikkerheiter vi nemleg kunne dekke kausjonisten sin regress mot hovuddebitor og det vil kunne dekke finansinstitusjonen sitt krav. Ei slik frigjeving vert dermed rekna som ein relevant føresetnadssvikt ved kausjonen.<sup>108</sup> Dersom det vert gjeve samtykke kan dette berre gjevast i tilknytnad til ei nær føreståande frigjeving av ei bestemt angjeven sikkerheit, jf. første ledd tredje punktum. Denne regelen kan sikre at kausjonisten har innsikt i kva han samtykkar til slik at det ikkje vert gjeve eit generelt samtykke som skal omfatte all frigjevingssituasjonar. Det kan nemleg vere vanskeleg for kausjonisten å førestelle seg kva frigjeving kan innebære i eit kvart enkelt tilfelle i framtida.

I andre punktum framgår det imidlertid eit unntak. Dersom det vert stilt anna sikkerheit som er minst like god er det ikkje noko i vegen for å frigje sikkerheita. Omsyna mot å frigje pantet gjer seg ikkje gjeldande i desse situasjonane ettersom interessene til kausjonisten vil vere ivaretekne ved at den nye sikkerheita er minst like god. Bakgrunnen for regelen er at ein ikkje ynskjer å gjere ordninga med sikkerheit i pant tyngre enn naudsynt. Ofte kan det vere aktuelt for låntakaren å selje det pantsette objektet og tilby pant i eit anna objekt som til og med kan vere enda meir verdifullt enn det opprinnelege.<sup>109</sup> Kausjonisten sine interesser vil då vere ivaretekne.

---

<sup>107</sup> Grøttjord og Rosén (2014) s. 410.

<sup>108</sup> NOU 1994:19 s. 182.

<sup>109</sup> NOU 1994:19 s. 187.

Det er imidlertid presisert at den nye sikkerheita må vere minst like god *for kausjonisten*. Dette vil seie at den nye sikkerheita må vere minst like god å anvende i ein regressomgong mot låntakar. Førearbeida nemner som døme dersom pant i fast eigedom i Noreg vert skifta ut med pant i fast eigedom i utlandet. Den nye sikkerheita vil dermed ikkje vere minst like god for kausjonisten på grunn av den risiko, vanskelegheiter og kostnader pantet i utlandet medfører.<sup>110</sup>

Det er også gjort unntak for dei tilfelle der frigjevinga ikkje har betydning eller berre har meget avgrensa betydning for kausjonisten si stilling, jf. første ledd andre punktum. Dette er typisk tilfelle der pantet har liten verdi. Denne føresegna vart til dømes nytta i Rt. 2006 s. 1 der retten kom til at sletting av bilsalspant ikkje hadde betydning for kausjonistane. Dersom det skulle vore eit krav om samtykke i situasjonar etter andre punktum ville dette kunne innebære at kausjonisten har høve til å hindre forretningsmessige transaksjonar utan nærare grunngeving.

Dersom pant eller anna sikkerheit vert frigjeve i strid med første ledd er ikkje kausjonisten bunden av kausjonsavtalen, jf. andre ledd. Etter tredje ledd første punktum følgjer det at reglane i første og andre ledd også gjeld der sikkerheit ikkje vert stilt som føresett. Reglane om frigjeving av sikkerheit famnar dermed også dei tilfelle der sikkerheita ikkje har blitt stilt som føresett.

---

<sup>110</sup> NOU 1994:19 s. 187.



### 3.4 Eksisterar det ei lojalitetsplikt i tillegg til lovreglane?

Ei problemstilling som reiser seg er om det eksisterar ei lojalitetsplikt i tillegg til lovreglane i finansavtalelova. Det kan tenkjast at lova er uttømmende, men det kan òg tenkjast at det for tilfelle som fell innanfor lova eksisterar ei lojalitetsplikt etter ulovfesta prinsipp og at desse gjeld side om side med lovreglane.

Ei slik problemstilling gjer seg gjeldande for varslingsplikta. Det kan tenkjast tilfelle der institusjonen vert kjent med at låntakar sin økonomiske situasjon er blitt vesentleg forringa slik at ein må rekne med at mishald vil inntre.

I førearbeida vart det drøfta å lovfeste ein slik regel, men ein falt ned på at dette ikkje skulle takast inn i lova. Det vart lagt vekt på at ein slik regel inneber vanskelege skjønsspørsmål som kan skape tvil om kortid varslingsplikta inntre. I tillegg var ikkje regelen særleg naudsynt ettersom mishald etter lova skal varslast raskt.<sup>111</sup>

Gode grunnar talar for at institusjonen skal varsle kausjonisten dersom institusjonen må anta at det vil inntre mishald. Dette gjer seg særleg gjeldande i forbrukarforhold. Sjølv om finansavtalelova oppstiller reglar som inneber at det skal varslast raskt etter at mishaldet har materialisert seg, er det vanskeleg å sjå kvifor institusjonen skal vente med varsle dersom dei sit med kunnskap som tilseie mishald sannsynlegvis vil inntre. Likevel må ein truleg kunne anta at når det vart så bevisst gått inn for å utelate ei varslingsplikt for antesipert mishald i lova, var det ikkje meininga at det skulle ligge føre ei slik plikt i tillegg til lovreglane.

---

<sup>111</sup> Innst. O. nr. 84 (1998-1999) s. 23-25.

## 4 Lojalitetsplikt for tilhøve som fell utanfor finansavtalelova

### 4.1 Innleiing

#### 4.1.1 Generelt

Finansavtalelova inneber ei lovregulering av ei rekke kausjonsavtalar. Eit spørsmål som oppstår er kva reglar som gjeld for tilhøve utanfor finansavtalelova sitt saklege verkeområde. Ein kan her stille spørsmål om dei same reglane som følgjer av finansavtalelova også er gjeldande for kausjonsavtalar som fell utanfor lova. Problemstillinga vidare vert kortid kreditor si lojalitetsplikt utanfor finansavtalelova inntre og kva denne lojalitetsplikta eventuelt omfattar.

Eit viktig moment ved denne problemstillinga er at finansavtalelova sine reglar inneber ein kodifikasjon av eldre ulovfesta rett. Det kan imidlertid spørjast i *kor stor grad* finansavtalelova sine kausjonsreglar er ei vidareføring av tidlegare rett. I førearbeida vert det sagt at finansavtalelova ”langt på vei” og ”i hovedsak” representerar ein kodifikasjon av eldre rett.<sup>112</sup> Det er også sagt at det på ”noen punkter” inneber ei presisering og endring av tidlegare retts-tilstand.<sup>113</sup>

For dei tilfelle som fell innanfor og for dei som fell utanfor lova kan det i mange situasjonar vere ulike omsyn som ligg føre. Desse gjer seg særleg gjeldande når det er tale om lojalitetsplikta. Grunnen til dette er at det som nemnt ovanfor er større behov for ei streng lojalitetsplikt der makttilhøva er ujamne. Er det tale om ein profesjonelle aktørar vil desse, i motsetnad til forbrukarkausjonistar, vere i betre stand til å ivareta sine interesser. Profesjonelle kausjonistar har dermed ikkje det same behov for beskyttelse som ved forbrukarkausjonistar.

Som det vil følgje av punkt 4.2 og 4.3 vil avgjerda om kreditor har ei lojalitetsplikt og kva denne inneber, bero på ei konkret heilskapsvurdering. For kva moment som typisk kan takast i betraktning må det her synast til utgreiinga i punkt 2.2. Vidare må det presiserast utgangspunkta i punkt 2 truleg gjeld enda sterkare utanfor finansavtalelova sitt anvendelsesområde.

---

<sup>112</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 54 jf. NOU 1994:19 s. 64.

<sup>113</sup> Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) s. 64

Som det skal komast tilbake til er det nemleg på det ulovfesta området at dei kommersielle kausjonsavtalane gjer seg gjeldande. I punkt 4.2 og 4.3 vert det gjort greie for nokre typiske område der det gjerne oppstår spørsmål om det ligg føre ei lojalitetsplikt for kreditor.

#### **4.1.2 Situasjonar som fell utanfor finansavtalelova**

Dersom ein skal gjere greie for rettstilstanden utanfor finansavtalelova kan det vere interessant å sjå nærare på kva tilfelle som ikkje er regulert av lova. For det første fell kausjonar som vert stilt av ein finansinstitusjon utanfor lova, også kalla bankgarantiar. I tillegg vil kausjonar som er stilt av ein forbrukar eller næringsdrivande ovarfor ein annan forbrukar eller næringsdrivande som hovudregel vere omfatta av ulovfesta rett. Dette gjeld imidlertid ikkje dersom kausjonen er stilt for lån gjennom eit meklarforetak jf. finansavtalelova § 57 første ledd andre punktum jf. § 75 tredje ledd andre punktum.

Vidare gjeld ikkje opplysningsplikta i § 59 og frårådingsplikta i § 60 i forholdet mellom ein finansinstitusjon og næringskausjonistar. Også for desse tilfella som elles er regulert av finansavtalelova vil dermed ulovfesta kausjonsrett vere avgjerande når det kjem til opplysningsplikt og frårådingsplikt.

Felles for mange av tilfella innanfor den ulovfesta kausjonsretten er at dei dreiar seg om forretningsforhold. Den viktigaste formen for kausjon i det praktiske forretningsliv er bankgarantien som hovudsakleg vert nytta til sikring av kontraktskyldnader. Dette kan til dømes vere garantiar til sikring av eksportøren eller importøren sitt krav ved internasjonale lausøyresal, byggherre- og entreprenørgaranti, husleigegarantiar og garanti for betaling av frakt ved transportavtalar. Ei anna viktig form er garantiar gjeve i samband med eigarskap i selskap, noko som er praktisk i konsernforhold. Ofte vert det stilt vilkår om at morselskapet eller andre selskap i konsernet stiller garanti dersom andre selskap i konsernet ynskjer kreditt.<sup>114</sup> Ved dei profesjonelle garantiane vil ofte garantisten ha ei direkte økonomisk interesse i garantiforholdet ved at han mottek garantiprovisjon. Her er det som oftast hovuddebitor som betalar vederlaget. Vidare kan kausjonisten ha ei indirekte økonomisk interesse ved kausjonen ved at han

---

<sup>114</sup> Vinje (1999) s. 7-8.

er aksjonær i hovuddebitorselskapet og ynskjer at selskapet skal tilførast likviditet som igjen kan resultere i forteneste.<sup>115</sup>

Som ein kan sjå er dei situasjonane som fell utanfor finansavtalelova svært ulike. Det kan omfatte situasjonar i høgst profesjonelle forhold til kausjonsavtale mellom to forbrukarar. Dette gjer at dei omsyna som nemnt innleiingsvis gjer seg gjeldande med ulik styrke avhengig av kva forhold utanfor finansavtalelova det er tale om. Ofte vil balansen mellom partane vere lik, men dette er ikkje alltid tilfelle. Av og til vil det berre tilsynelatande dreie seg om to likeverdige partar. Sjølv om det er tale om kausjonar mellom to næringsdrivande betyr det til dømes ikkje at makttilhøvet er likt. Det kan her vere tale om ein erfaren kreditor med mykje midlar til å ivereta sine interesser mot ein kausjonist som er eit enkeltmannsføretak med lite erfaring og ressursar. Desse situasjonane kan seiest å ha meir likskapstrekk med dei typiske situasjonane som er omfatta av finansavtalelova.

#### **4.1.3 Ingen formkrav**

I motsetnad til dei tilfelle som er omfatta av finansavtalelova gjeld det ingen formkrav om korleis opplysningar som følgjer av lojalitetsplikta skal gjevast. Etter finansavtalelova skal opplysningane gjevast skriftleg, noko den ulovfesta retten ikkje stiller noko krav om.

For å handle i tråd med lojalitetsplikta er det difor tilstrekkeleg at opplysningane vert gjeve munnleg. Av blant anna bevismessige årsaker vil det nok likevel vere i kreditor si interesse å gje opplysningane skriftleg til kausjonisten.

#### **4.1.4 Ulike kausjonsformer**

Eit sentralt moment ved vurderinga av lojalitetsplikta utanfor finansavtalelova er kva type kausjon det er tale om. Kausjonar kan inndelast på fleire måtar. Det tradisjonelle skiljet i kausjonsretten har vore mellom sjølvskuldnarkausjon og simpel kausjon. Denne inndelinga knyt seg til kausjonen si forfallstid. Ein sjølvskuldnarkausjon inneber at kreditor kan kreve oppfyl-  
ling av kausjonisten med det same det ligg føre mishald frå hovuddebitor. Her garanterar kausjonisten både for hovuddebitor si betalingsevne og betalingsvilje. Ein simpel kausjon inneber

---

<sup>115</sup> Vinje (1999) s. 5.

derimot at kreditor berre kan kreve oppfyljing av kausjonisten dersom hovuddebitor misheld sin skyldnad og samstundes ikkje er betalingsdyktig. Her må kreditor bevise at hovuddebitor er insolvent. Kausjonisten garanterar såleis berre for betalingsevna til hovuddebitor.<sup>116</sup>

I finansavtalelova er det tradisjonelle skiljet viska ut ved § 71, noko som gjer at inndelinga ovanfor berre får relevans utanfor finansavtalelova.

Det kan også ligge føre andre inndelingar av kausjonar. Det kan til dømes ligge føre betalingsgaranti som går ut på at det vert stilt garanti for rett betaling i eit kontraktsforhold og kontraktsgaranti som går ut på at at det vert stilt garanti for rett oppfyljing av naturalskyldnader.<sup>117</sup>

Kva kausjonsform det er tale om beror på ei tolking av den konkrete kausjonsavtalen. Dersom ikkje noko er avtalt har det tradisjonelt vore presumsjon for at det er ein simpel kausjon.<sup>118</sup> Dei store skilnadene i kausjonsformene gjer dermed at det også må stillast ulike krav til kreditor si lojalitetsplikt. Dette vil det komast nærare tilbake til i det følgjande.

---

<sup>116</sup> Smith (1981) s. 231-235.

<sup>117</sup> Smith (1981) s. 42.

<sup>118</sup> Smith (1981) s. 235.

## **4.2 Lojalitetsplikt før inngåing av kausjonsavtale**

### **4.2.1 Generelt**

I å gå frå ein situasjon der kreditor ikkje hadde opplysningsplikt om at kausjonisten vart bedrege jf. Rt. 1925 s. 501, har ein i dag heilt klart strengare reglar for kreditor si lojalitetsplikt. Dette vart tydeleg lagt til grunn i Rt. 1984 s. 28 Tromsø Sparebank. Nokre år seinare i Rt. 1988 s. 1078 slo Høgsterett igjen fast at det gjeld eit krav om lojal opptreden frå kreditor si side. Denne gongen var det om kausjon stilt av eit aksjeselskap.

Som tidlegare nemnt er den klare hovudregel framleis at kausjonisten er ansvarleg for sine egne føresetnader og at det er kausjonisten si oppgåve å undersøke den risiko han påtek seg. Likevel kan ein sjå at det også etter ulovfesta rett gjeld ei lojalitetsplikt for kreditor dersom kausjonisten er i villfaring om viktige sider av kausjonsansvaret.<sup>119</sup>

### **4.2.2 Opplysningsplikt om den allmenne risiko?**

Når det gjeld det nærare innhaldet i opplysningsplikta utanfor finansavtalelova kan det for første stillast spørsmål om det gjeld ei generell informasjonsplikt. Etter finansavtalelova § 59 litra a har ein til dømes plikt om å opplyse om den alminnelege risiko ved kausjonsansvaret. Ei slik plikt vart vurdert i Rt. 1995 s. 245. Saka omhandla gyldigheita av ein realkausjon. Kausjonisten gjorde gjeldande at ho ikkje hadde lese igjennom dokumenta som ho undertekna, at ho trudde det var forsikringspapir og at finansinstitusjonen ikkje hadde gjeve ho tilstrekkeleg informasjon slik at ho var ubunden av avtalen på grunn av villfarelse, jf. avtalelova §§ 33, 36 og dei ulovfesta reglane om lojalitet i kontraktstilhøve. Høgsterett kom til at kausjonen var gyldig. Om opplysningsplikta uttalte retten ”Jeg kan ikke se at det er påvist noen helt generell informasjonsplikt overfor kausjonister og realkausjonister i etableringsfasen av forholdet”. Med dette må det leggst til grunn at det ikkje finst noko ulovfesta generell informasjonsplikt.

Denne dommen kom før vedtakinga av finansavtalelova og omhandla eit forbrukartilfelle som no ville ha vore regulert i lova. Det kan dermed argumenterast med at når det på den tid ikkje gjaldt ei generell informasjonsplikt i forbrukarsituasjonar, vil det i alle fall ikkje gjelde noko

---

<sup>119</sup> Smith (1997) s. 49.

slik plikt etter ulovfesta rett der omsynet til å beskytte kausjonisten ikkje står så sterkt. Mot dette att kan det innvendast at rettutviklinga i den seinare tid burde tilseie at det også skal gjelde ei opplysningsplikt om den allmenne risiko for dei tilfelle som fell utanfor finansavtalelova. Sjølv om utviklinga generelt har gått frå kreditorpassivitet til kreditoraktivitet, vil det nok vere å gå for langt å konkludere med at ein har ei ulovfesta generell informasjonsplikt i kausjonsretten. I alle fall må ein kunne vente at profesjonelle aktørar er kjent med den risikoen ein kausjon inneber. Her vil også omsynet til effektivitet i næringslivet tilseie at ein ikkje kan pålegge kreditor ei så streng opplysningsplikt.

#### 4.2.3 Opplysningsplikt om andre tilhøve

Dermed står ein att med spørsmålet om det gjeld ei opplysningsplikt om andre tilhøve som har betydning for det *konkrete* kausjonsansvaret. Her er det lagt til grunn at kreditor vil ha ei opplysningsplikt om tilhøve som har vesentleg betydning for det konkrete kausjonsansvaret. I vurderinga av om noko må reknast for å vere av "vesentleg betydning" må ein ta utgangspunkt i kva handlingsmoglegheiter kausjonisten ville ha hatt dersom han hadde kunnskap om dei aktuelle opplysningane.<sup>120</sup> Viss kausjonisten ikkje ville ha inngått kausjonsavtalen med kunnskap om dei aktuelle opplysningane, vil normalt kausjonsansvaret falle bort.<sup>121</sup>

Eit alminneleg vilkår for å pålegge kreditor ei opplysningsplikt er at kreditor forstod, eller burde forstå at kausjonisten ikkje har kunnskap om dei aktuelle opplysningane.<sup>122</sup> Eit spørsmål som kan oppstå er om kausjonisten har opplysningsplikt om kausjonen sitt omfang. Her må det truleg kunne leggjast til grunn at kreditor har ei opplysningsplikt dersom han forstår eller bør forstå at kausjonisten ikkje har eit rett bilete av omfanget. For dei tilfelle med ujamnbyrdige partar kan det særleg tenkjast i ein situasjon der kausjonisten har kausjonert for hovuddebitor sitt samla ansvar og det er tydeleg at det samla ansvaret er monaleg større enn kva kausjonisten er klar over.

Er det derimot tale om profesjonelle aktørar følgjer det av rettspraksis at det skal mykje til for at det kan bli tale om ei opplysningsplikt, jf. Rt. 1988 s. 1078. Her må nok plikta til å gje

---

<sup>120</sup> Vinje (1999) s. 91.

<sup>121</sup> Smith (1997) s. 51.

<sup>122</sup> Simonsen (1997) s. 254-259.

uoppfordra informasjon atterhaldast dei tilfelle der kreditor har informasjon som han veit er relevant, som har innverknad på kausjonsansvaret og som han veit at motparten ikkje har kunnskap om. Anleis vil situasjonen stille seg dersom det er tale om informasjon som kreditor veit er relevant, men som er av ein slik karakter at ein reknar med at kausjonisten er inneforstått med det ut frå sitt profesjonalitetsnivå og si undersøkingsplikt.

Dette leiar oss over til at undersøkingsplikta vil variere i tråd med kva partar det er tale om. Rt. 1988 s. 1078, som det skal komast tilbake til i punkt 4.3.2, syner at dersom kausjonisten er profesjonell er han stort sett er ansvarleg for å skaffe seg dei aktuelle opplysningane sjølv. Profesjonaliteten til partane i dei situasjonar etter ulovfesta kausjonsrett varierar imidlertid sterkt. Ein vil truleg kunne seie at ei rettesnor for vurderinga av kausjonisten si undersøkingsplikt er at jo meir jamnbyrdes balansen mellom kreditor og kausjonisten er, jo strengare er undersøkingsplikta til kausjonisten.

Her må ein òg vurdere kor tilgjengeleg informasjonen er for kausjonisten. Er det tale om offentleg informasjon eller informasjon som er alminneleg kjent innanfor den aktuelle marknaden må ein kunne vente at kausjonisten set seg inn i dette.<sup>123</sup> Ein må òg kunne vente at kausjonisten set seg inn i tilhøve som han har hatt ei særskilt oppfordring til å undersøke.<sup>124</sup>

Ein annan situasjonen der det kan ligge føre ei opplysningsplikt er dersom situasjonen er meir risikabel enn vanleg. Dette kan tenkjast der hovudfordringa består av eldre gjeld. Som nemnt i punkt 3.2.1.5 vil det å kausjonere for eldre gjeld vere betenkeleg og det vil ofte vere tale om å velte eit allereie inntrådt tap for kreditor over på kausjonisten. Særleg risikoutsett vil kausjonisten vere dersom gjelda allereie har vore mishalden. Som Rt. 1984 s. 28 Tromsø Sparebank syner må det i desse tilfella gjelde ei opplysningsplikt. I likskap med resten av lojalitetsplikta utanfor finansavtalelova vil vurderinga bero på partane si stilling og nærleiken mellom partane. Eit tilfelle som truleg vil vere omfatta er der det er tale om ujamnbyrdige partar, kreditor har god innsikt i hovuddebitor sin økonomi medan kausjonisten ikkje har det og den gamle gjelda er monaleg og tidlegare mishalden. Er det derimot tale om jamnbyrdige partar vil kau-

---

<sup>123</sup> Vinje (1999) s. 92 jf. Hagstrøm (1992) s. 31 og 35-36.

<sup>124</sup> Rt. 1988 s. 1078.



sjonisten si undersøkingsplikt tilseie at slike tilhøve må undersøkast særskilt nøye og det skal meir til for å pålegge kreditor opplysningsplikt.

Sameleis som opplysningsplikta i finansavtalelova vil det nok verken for profesjonelle forhold eller ikkje-profesjonelle forhold vere naudsynt å informere om mindre betalingsmishald som ikkje har noko samband med manglande betalingsevne eller betalingsvilje hjå hovuddebitor. Det må dermed leggest til grunn at det er den type mishald som kan ha innverknad på det framtidige kausjonsansvar kreditor har plikt til å informere om.

I tillegg kan det ligge føre situasjonar der mange ulike moment til saman gjer situasjonen meir risikabel enn vanleg, til dømes tilfellet i LB-2011-150976. Her hadde det blitt stilt kausjon som ledd i ein avtale om overdragelse av eit aksjeselskap. Kreditor etter avtalen var Julian Kapital AS medan kausjonistane var to privatpersonar. Her hadde Sollie & Co vorte tilbudt av Julian Kapital AS om å kjøpe aksjane i eit aksjeselskap. Som betaling skulle det etablerast eit lån der aktørane i Sollie & Co solidarisk skulle stille seg som kausjonistar. Kreditor var ikkje finansinstitusjon og finansavtalelova kom såleis ikkje til anvendelse. Lagmannsretten kom etter ei totalvurdering til at kausjonsavtalen vart sett til side som stridande mot avtalelova § 36. Retten uttalte at avtalen var svært tyngande for kausjonistane på grunn av det store beløpet og at dei ikkje hadde noko formue, noko kreditor var klar over. Styrkeforholdet mellom partane var i utgangspunktet ujamnt, i tillegg til at kreditor var klar over at kausjonistane ikkje fekk profesjonell hjelp i prosessen, noko kreditor til dels gjorde. Vidare framstod det som at dei hadde stor tillit til kvarandre. Forholdet bar òg preg av at kreditor hadde gjeve uttrykk for at avtalen var gunstig og ikkje innebar nokon særleg risiko for kausjonistane. I tillegg hadde føresetnadene blitt endra før avtalesignering.

Riktignok uttalar retten at kausjonistane måtte lastast for ikkje å ha føreteke nærare undersøkingar kring risikoen av kjøpet, men dette var ikkje avgjerande for saka sitt utfall. Det kan nemnast at saka vart anka til Høgsterett, men vart ikkje tillete handsama.

I denne relasjon kan det nemnast at rettspraksis syner at § 36 i utgangspunktet ikkje kan nyttast mot den risikoen som ligg i typisk riskofylte kontraktar. Dette utgangspunktet står imidlertid ikkje like sterkt i dei tilfelle det er tale om partar som ikkje er jamnbyrdige.<sup>125</sup>

Når det gjeld opplysningar knytt til pant og anna sikkerheit for hovudfordringa vil det truleg ikkje gjelde noko plikt til å opplyse om dette.<sup>126</sup> Dette må ha sin bakgrunn i at opplysningar om at det er stilt anna sikkerheit for fordringa ikkje vil ha nokon innverknad på sjølv kausjonsansvaret. Dersom kausjonisten ikkje har kjent til at det skal stillast sidesikkerheit for fordringa, vil dette heller ikkje ha vore motiverande for kausjonisten. Dersom kausjonisten er kjent med at det vert stilt sikkerheit, vil imidlertid kreditor ha ei plikt til å sørge for at det er gjeve riktige opplysningar om sikkerheita som vert stilt.

Som sagt beror det på ei konkret skjønsmessig vurdering om kreditor har ei opplysningsplikt om det aktuelle tilhøvet. Basert på dei konkrete omstendene i saka kan det difor tenkjast at kreditor har ei opplysningsplikt i andre tilfelle enn dei som er utheva ovanfor.

#### **4.2.4 Frårådingsplikt**

Som det vart gjort greie for i punkt 3.2.2.4 gjeld frårådingsplikta også for dei tilhøve som fell utanfor finansavtalelova sitt saklege verkeområde. For at det skal gjelde ei frårådingsplikt etter desse reglane må det imidlertid vere openbart at kausjonisten ikkje kunne oppfylle avtalen, jf. Rt. 1959 s. 1048. Som nemnt er det denne delen av frårådingsplikta som kan seiast å vere utleia av lojalitetsplikta.

Ein kan derimot spørje om det er grunnlag for å anvende finansavtalelova sine reglar om frårådingsplikt analogisk på dei tilfelle som fell utanfor lova. Her må ein imidlertid vere merksam på at ein slik analogi ikkje byggjer på at frårådingsplikta er eit utslag av den alminnelege lojalitetsplikta, men ein analogi av den positivrettslege frårådingsplikta. Ein kan sjå at frårådingsplikta til ein viss grad går att på andre område, til dømes handverkartjenester og bustadoppføring. Ein kan imidlertid ikkje sjå plikta innanfor avhending av fast eigedom, og som nemnt i punkt 3.2.2.4 vart frårådingsplikta avfeia for eigedomsmeklarar. Ved vurderinga av

---

<sup>125</sup> Hagstrøm (2011) s. 307-309

<sup>126</sup> NOU 1994:19 s. 177.

regelen si godheit må det leggst til grunn at den kan vere med på å hindre kausjon i tilfelle der kausjonisten ikkje kan makte eit kausjonsansvar, og er såleis med på å verne kausjonisten.

På ei anna side kan det vere betenkelegheiter med ei slik frårådingsplikt. Frårådingsplikta gjer at kreditor ved å fråråde dyttar risikoen over på kausjonisten att. Med dette kan det tenkjast at regelen kan bli utnytta ved at kreditor gjev informasjon med det føremål at han ikkje kan bli haldt ansvarleg dersom det oppstår tvist i etterkant. Ved ei vurdering av høvet til analogi må det også takast i betraktning at det ikkje er dei same omsyna som gjer seg gjeldande for dei tilfelle som er omfatta av finansavtalelova og dei som fell utanfor. Som det er gjennomgått tidlegare varierar omsyna i kausjonsretten sterkt frå situasjon til situasjon avhengig av forholdet mellom partane. Mange av dei tilfella som fell utanfor lova er profesjonelle kausjonar der styrkeforholdet mellom partane jamnt og nærleiken til kreditor er svak. Dette står i motsetnad til dei typiske situasjonane etter § 60 der ein har ein sterk finansinstitusjon på den eine sida og ein svak forbrukar på den andre sida. Ein kan derimot sjå at nokre av dei tilfella som fell utanfor lova ligg tett opptil finansavtalelova sin konstellasjon. For frårådingsplikta kan dette vere tilfelle der kausjonisten er ein finansinstitusjon og kausjonisten er ein svak og uerfaren næringsdrivande. Etter dette må det dermed konkluderast med at finansavtalelova sine reglar om frårådingsplikt må atterhaldast dei sistnemnde tilfella.

## **4.3 Lojalitetsplikt etter inngåing av kausjonsavtale**

### **4.3.1 Generelt**

Det er på det reine at det også gjeld ei lojalitetsplikt for kreditor i tida etter at kausjonsavtalen vert inngått. I Rt. 1988 s. 1078 vart det lagt til grunn at det må stillast krav til lojal og aktsam opptreden frå kreditor ikkje berre ved stiftinga av kausjonen, men så lenge skyldnaden består.

Kva kausjonsform som ligg føre vil vere sentral ved vurderinga av kreditor si lojalitetsplikt etter at kausjonsavtalen er inngått. Ved ein sjølvskudnarkausjon vert kausjonen aktuell ved mishald av hovudskyldnaden. Her vil dermed kreditor si lojalitetsplikt hovudsakleg vere knytt til perioden før mishaldet inntre. Er det derimot tale om ein simpel kausjon vil kreditor i tillegg måtte bevise at han ikkje kan få dekning hjå hovuddebitor. Her vil kreditor si lojalitetsplikt hovudsakleg vere knytt til perioden før mishaldet inntre og det er bevist at hovuddebitor ikkje er betalingsdyktig. Skjæringspunktet for når kausjonen vert aktuell er dermed seinare ved ein simpel kausjon enn ved ein sjølvskuldnarkausjon.

Med dette kan ein seie at det er mindre risiko for kausjonisten ved ein simpel kausjon og dermed også mindre behov for beskyttelse av kausjonisten. Det kan difor argumenterast med at lojalitetsplikta til kreditor er strengare etter avtaleinngåing ved sjølvskuldnarkausjon enn ved simpel kausjon. På ei anna side er det viktig å hugse på at kausjonsavtalen i seg sjølv er ein risikabel avtaleform.

#### **4.3.2 Varslingsplikt**

Det er klart at det er i kausjonisten si interesse å bli underretta om viktige tilhøve laupande i kausjonsforholdet. Ei problemstilling som kan oppstå er om kreditor har varslingsplikt ved negativ utvikling i hovudforholdet.

Ei varslings vil sjeldan ha innverknad på tapet ettersom kausjonisten ofte ikkje vil ha høve til å påverke det. Men som nemnt, vil ei varslings kunne vere avgjerande for kor godt kausjonisten kan førebu seg på at kausjonansvaret vert gjort gjeldande.

Det kan stillast spørsmål om kreditor har varslingsplikt ved negativ utvikling i betalingsevna til hovuddebitor. Dette kom opp i Rt. 1988 s. 1078 der spørsmålet var om kreditor hadde mishalde si aktsemdsplikt ovarfor kausjonisten ved å berre gje delvis informasjon om visse tilhøve som synte at hovuddebitor hadde problem med å betjene gjelda. I denne saka hadde A/S Skipsgaranti stilt seg som sjølvskuldnarkausjonist for rett betaling av renter og avdrag på eit lån til 1 650 000 kr. Retten kom til at kreditor ikkje hadde mishalde si aktsemdsplikt og la vekt på at det òg må stillast krav til aktsemd og aktivitet frå kausjonisten si side. Dei uttalte at ”Kravene til kreditors opptreden, må nettopp sees i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten”. Vidare vart det lagt vekt på at kausjonisten var eit profesjonelt kredittforsikringsselskap som ikkje hadde teke vare på sine interesser slik ein må kunne forvente av ein profesjonell aktør. Kausjonen framstod som eit usikkert engasjement allereie frå stiftinga av, noko som gjorde at kausjonisten dermed hadde oppfordring til å ha særleg merksemd retta mot engasjementet.

Avgjerda syner, som elles for lojalitetsplikta, at styrkeforholdet mellom partane er viktig. Her kan ein tydeleg sjå at kausjonisten er nærare til å halde seg orientert i profesjonelle forhold og at lojalitetsplikta ikkje inneber ei plikt om å opplyse den andre parten om tilhøve som denne

er nærast til å finne ut av sjølv. Ettersom det var tale om ein profesjonell kausjonist, var det heller ikkje noko beskyttelsesbehov som gjorde seg gjeldande.

Avgjerda utelukkar imidlertid ikkje at det kan kome på tale varslingsplikt ved endringar i betalingsevna til hovuddebitor. Ein kan tenkje seg eit tilfelle der det er tale om ein svak kausjonist med lita innsikt i hovuddebitor sin økonomi mot ein profesjonell kreditor som har stor innsikt i hovuddebitor sin økonomi. Dersom det her ligg føre klare teikn på at økonomien vert dårlegare og det er klart at det vil inntre mishald, er det nærliggande å anta at det ligg føre ei varslingsplikt. I desse tilfella skal det antakeleg meir til for å pålegge kreditor ei varslingsplikt, enn der det allereie ligg føre mishald.<sup>127</sup> Dette vil imidlertid berre vere relevant dersom det er tale om ein sjølvskuldnarkausjon.

Eit tilfelle der ein truleg kan utelukke at det ligg føre noko varslingsplikt ved endringar i betalingsevna til hovuddebitor er ved dei typiske betalingsgarantiane. Her har garantisten nettopp garantert for rett betaling i kontraktsforholdet. Når garanti for rett betaling må seiast å vere heile funksjonen ved garantien, vil ein truleg måtte legge til grunn at slike endringar ikkje vil utløyse noko varslingsplikt. Garantisten har dermed teke risikoen for desse tilhøva.

Vidare kan det spørjast om det ligg føre ei varslingsplikt der hovuddebitor allereie har misshalde skyldnaden. Denne problemstillinga vert berre aktuell ved dei simple kausjonane. Ved sjølvskuldnarkausjonane er sjølv vilkåret for at kausjonen vert aktuell at det ligg føre mishald. I desse situasjonane vil dermed ei varslingsplikt ikkje ha nokon funksjon. Ved dei simple kausjonane derimot, kan varsling ved mishald etter omstenda vere viktig ut frå innrettingsomsynet til kausjonisten. Eit betalingsmishald vil i desse situasjonane kunne gje teikn om at kausjonen vil kunne realisere seg.

I likskap med resten av situasjonane ved lojalitetsplikta utanfor finansavtalelova vil dette måtte bero på ei konkret vurdering av den einskilde situasjon. Eit viktig moment vil her vere kor langvarig hovuddebitor sitt mishald er. Ved lengre mishald vil ein kunne legge til grunn at det vil vere i tråd med lojal og aktsam opptreden for kreditor å varsle kausjonisten. Vidare kan størrelsen på det beløpet som er misshalde spele inn. Også tidsrommet for lånet kan vere eit

---

<sup>127</sup> Smith (1997) s. 132.

moment. Kreditor si varslingsplikt vil vere strengare der lånet skal tilbakebetalast etter til dømes 6 månader enn der det skal tilbakebetalast innan 20 år.<sup>128</sup>

Eit anna moment som er relevant for varslingsplikta generelt er òg kor aktiv kreditor var ovarfor kausjonisten då kausjonsavtalen vart inngått. Dersom kreditor var veldig aktiv, må ein også kunne stille strengare krav til opplysningsplikta i etterkant av avtaleinngåinga.<sup>129</sup> I slike tilfelle vil nemleg kausjonisten ha ei berettiga forventning om å motta opplysningar frå kreditor.

#### **4.3.3 Opplysningsplikt ved førespurnad**

Ei problemstilling er om det også utanfor finansavtalelova gjeld det ei passiv opplysningsplikt. Dersom kausjonisten har retta førespurnad om informasjon er det lagt til grunn at det vanlegvis vil vere ei brot på opplysningsplikta dersom kausjonisten ikkje vert informert om tilhøve som kan ha betydning for kausjonsansvaret.<sup>130</sup>

Det kan imidlertid ikkje gjerast gjeldande at kreditor har ei opplysningsplikt om alle tilhøve rundt engasjementet.<sup>131</sup> Det kan tenkjast at kausjonisten av andre grunnar er interesserte i opplysningar. Regelen må difor vere at det er tilhøve som kan ha noko å seie for kausjonsansvaret kreditor har plikt til å gje opplysningar om, til dømes kausjonskravet sin størrelse og renter. Det kan i denne relasjon nemnast at det også vil vere i strid med bankane si lovbestemde teieplikt å utgje ein del slik informasjon.<sup>132</sup>

#### **4.3.4 Personskifte**

Eit tema er kva lojalitetsplikt kreditor har ved personskifte i kausjonsavtalen. Her kan det oppstå ei problemstilling om kreditor har noko lojalitetsplikt for det tilfelle at det er ynskje om skifte av kausjonist.

---

<sup>128</sup> Smith (1997) s. 131.

<sup>129</sup> Vinje (1999) s. 92 jf. Smith (1981) s. 173-174.

<sup>130</sup> Vinje (1999) s. 91.

<sup>131</sup> Vinje (1999) s. 91.

<sup>132</sup> Forretningsbankloven § 18, sparebankloven § 21 og finansieringsvirksomhetsloven § 3-14.

Her må det først leggst til grunn at kreditor har ei opplysningsplikt når det gjeld om han aksepterar eit eventuelt skifte av kausjonist, jf. Rt. 2008 s. 969 Marine Harvest. Spørsmålet vidare vert imidlertid om kreditor kan seiast å ha noko lojalitetsplikt utover dette ovarfor ein ny kausjonist.

For profesjonelle forhold står utgangspunktet om at partane har ansvar for eigne føresetnader svært sterkt. Det må dermed leggst til grunn at det skal svært mykje til før kreditor har ei aktiv opplysningsplikt ovarfor ein eventuell ny kausjonist. Ei slik opplysningsplikt må truleg atterhaldast dei tilfelle der kreditor har informasjon som han veit kan ha innverknad på kausjonsansvaret og som han veit at den nye kausjonisten ikkje har motteke opplysningar om.

Eit moment som kan ha sentral betydning i denne vurderinga er nærleiken mellom partane. Ofte er det slik at kausjonisten vanlegvis mottek opplysningar frå hovuddebitor. Dette er eit moment som kan forsterke at kreditor med rimelegheit kan rekne med at den nye kausjonist mottek sine opplysningar frå hovuddebitor og såleis ikkje har noko opplysningsplikt.

Som nemnt må ein imidlertid kunne anta at kreditor vil ha ei passiv opplysningsplikt ovarfor kausjonisten. Ved førespurnad frå ein eventuell ny kausjonist vil dermed kreditor kunne ha ei opplysningsplikt om tilhøve som er relevante for kausjonsansvaret.

Er det derimot tale om situasjonar der partskonstellasjonen er meir lik finansavtalelova si ordning, vil ein truleg i større grad kunne pålegge kreditor ei opplysningsplikt. Her vil nok likevel utgangspunktet om at den nye kausjonist sjølv er ansvarleg for å skaffe seg naudsynt informasjon gjelde sterkt.

#### **4.3.5 Endringsavtaler**

##### **4.3.5.1 Generelt**

Når det gjeld endring av kausjonsavtalen etter at bindande avtale er inngått er utgangspunktet at hovuddebitor og kreditor ikkje kan pålegge kausjonisten auka byrde utan samtykke. Skulle endringa vere i kausjonisten sin favør, til dømes ny pantesikring for fordringa, vil det derimot

ikkje vere i strid med lojalitetsprinsippet. Dette vil i staden vere ei positiv utvikling for kausjonisten.<sup>133</sup>

Det som er felles for alle typar av endringar er at kausjonisten berre kan gjere gjeldande endringar som i vesentleg grad aukar tapsrisikoen. I det følgjande vil det bli gjort greie for nokre typiske endringar som kan førekome etter at kausjonsavtalen er inngått.<sup>134</sup>

#### 4.3.5.2 Utsetjing av oppfylling

Ei problemstilling som oppstår ved endring av kausjonsavtalen er i kva grad kreditor har høve til å utsetje oppfylling ved forfallstid og i staden avtale oppfylling på eit seinare tidspunkt, tradisjonelt kalla ”kontraktsmessig henstand”. Når det gjeld denne problemstillinga syner rettspraksis at det har vore ei viss utvikling i kreditor sitt høve til å føreta endringar. I eldre rettspraksis gjaldt eit konservativt syn der avtale om betalingsutsetjing i hovudforholdet som hovudregel førte til at kausjonisten gjekk fri. Eit unntak frå dette var dersom det berre var tale om kortvarig utsetjing. Seinare har det utvikla seg til å gjelde eit meir liberalt syn til fordel for kreditorane, der det vert føreteke ei meir konkret vurdering av den einskilde avtalen og verdien av betalingsutsetjinga.<sup>135</sup>

I kva grad kreditor kan avtale utsetjing beror på om utsetjinga inneber ei vesentleg auke i kausjonisten sin risiko. Det viktigaste momentet i denne vurderinga er truleg betalingsutsetjinga si varigheit.<sup>136</sup> I Rt. 1992 s. 1002 hadde ein bank stilt garanti for rett betaling av husleige. Kreditor og hovuddebitor hadde avtalt kortvarig betalingsutsetjing av husleiga på grunn av betalingsvanskelegheiter. Retten gav ikkje banken medhald og uttalte at dei vanskeleg kunne sjå at ei slik betalingsutsetjing i nevneverdig grad kunne auke banken sin risiko som kausjonist.

---

<sup>133</sup> Smith (1981) s. 359.

<sup>134</sup> Smith (1981) s. 360.

<sup>135</sup> Smith (1981) s. 360-361.

<sup>136</sup> Smith (1981) s. 362.



I tillegg til dette vil også andre moment vere av betydning, til dømes om betalingsutsettjninga skjer uventa.<sup>137</sup>

#### 4.3.5.3 Sikkerheit

Dersom det ligg føre sikkerheit for hovuddfordringa er dette noko kausjonisten som oftast tek med i si risikovurdering. Kva som skjer med sikkerheita er dermed av interesse for kausjonisten. Ei problemstilling som her dukkar opp er om kreditor har høve til å frigje sikkerheit etter at kausjonsavtalen er inngått.

Det er på det reine at kreditor ikkje kan frigje sikkerheit dersom den er uttrykkeleg avtalt eller føresett frå kausjonisten si side. I vurderinga av om sikkerheita er føresett er det av vesentleg betydning om den eksisterte ved kausjonsstiftinga eller om den er etterfølgande. Dersom sikkerheita eksisterte ved kausjonsstiftinga kan ein som hovudregel ikkje frigje sikkerheita. Dersom hovuddfordringa vart sikra ved pant først i etterkant av kausjonsstiftinga er regelen at kreditor kan frigje pantet, med mindre kausjonisten tydeleg har gjeve uttrykk for ein slik føresetnad.

Eit unntak frå hovudregelen om at kreditor ikkje kan frigje pant må vere der det vert stilt anna pant som er minst like bra for kausjonisten. Denne regelen følgjer også av finansavtalelova og gode grunnar talar for at kreditor kan ha høve til å frigje sikkerheit i ein slik situasjon. Vert det stilt sikkerheit som er minst like god vil ikkje dette påføre kausjonisten noko tap og det vil såleis ikkje ha betydning for sjølv kausjonsansvaret. Det same må truleg gjelde dersom sikkerheita ikkje har noko særleg betydning for kausjonisten, til dømes dersom verdien er liten.

Dei tilfella ein då står att med er der det ikkje har vore uttrykkeleg avtalt eller føresett noko sikkerheit. Etter tradisjonell lære vil kreditor som hovudregel ha høve til å frigje sikkerheit, trass i om det er til ugunst for kausjonisten.<sup>138</sup>

Mot dette har det vore innvendt at det i dag ikkje kan seiast å gjelde så låge krav til kreditor sin aktivitet. I staden må kreditor si plikt til å ivareta kausjonisten sine interesser òg normalt

---

<sup>137</sup> Smith (1981) s. 363.

<sup>138</sup> Smith (1981) s. 365-366 og Smith (1997) s. 132-133.

gjelde for tilhøve som kausjonisten ikkje hadde konkrete føresetnader om då kausjonsavtalen vart inngått. Det har dermed blitt gjort gjeldande at det må oppstillast eit vilkår om rimeleg grunn dersom kreditor skal kunne frigje sikkerheit i hovudforholdet til ugunst for kausjonisten.<sup>139</sup>

Kva grunnlag det har vore bygd på når dette er lagt grunn er ukjent. Når det gjeld kravet til "rimeleg grunn" ved oppgjeving av sikkerheita er det ikkje gjort noko nærare utgreiing av kva dette inneber, bortsett frå at "rimeleg grunn" vil ligge føre der kreditor oppgjev sikkerheit i samband med sal av den aktuelle gjenstanden, så lenge det er eit naturleg ledd i hovuddebitor si verksemd. Det kan imidlertid tenkjast tilfelle der det ligg føre pant ved kausjonsinngåinga, og at kausjonisten ikkje har vore klar over det. I ein slik situasjon vil det vere gode argument for at kreditor kan frigje sikkerheita utan kausjonisten sitt samtykke. Det kan nemleg spørjast om det er grunn til å beskytte ein kausjonist som i etterkant av kontraktsinngåinga får kunnskap om at det eksisterar sikkerheit. Dersom ein ikkje skal tillate kreditor å frigje sikkerheita i slike tilfelle vil dette innebere ein slags "tilfeldig fordel" kausjonisten. Dette kan vanskeleg sjåast på som beskyttelsesverdig.

Problemstillinga knytt til frigjeving av pant utanfor finansavtalelova har i den seinare tid ikkje vore handsama av domstolane. Kva som i dag er gjeldande rett på dette punkt er med dette usikkert.

#### 4.3.5.4 Andre endringsavtalar

For andre endringavtalar må det også føretakast ei konkret vurdering. Når det gjeld kvantitative endringar er det sikker rett at ei utviding av hovudforholdet normalt ikkje medfører ei utviding av kausjonen. Er det derimot tale om kvalitative endringar vil det avgjerande vere kor vesentleg endringa er og kva risikoauke den medfører for kausjonisten. Vert risikoen vesentleg større eller av ei vesentleg anna art, er hovudretningslina at ansvaret fell vekk eller vert redusert.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Vinje (1999) s. 98.

<sup>140</sup> Smith (1981) s. 367.

## 5 Avsluttande betraktningar

Dersom ein held kausjonsreglane i finansavtalelova opp mot dei reglane som følgjer elles av kausjonsretten kan ein sjå at dei på mange punkt går ut på det same. Ein grunnleggande skilnad er imidlertid at finansavtalelova oppstiller ei rekke formalistiske reglar når det gjeld kreditor si lojalitetsplikt og at desse i ein del tilfelle går lenger enn det som følgjer av ulovfesta rett. Utanfor finansavtalelova er derimot reglane meir skjønsprega og avhengig av tilhøva i den einskilde situasjon. Her vil altså lojalitetsplikta gå ut på ei konkret vurdering for det særlege tilfelle. Dette må også reknast som naudsynt ettersom balansen mellom partane kan vere svært ulik og og beskyttelsesbehovet til kausjonisten vil variere sterkt.

Gjennom dette ser ein at lojalitetsplikta varierar sterkt etter kva situasjon det er tale om. I denne vurderinga er styrkeforholdet mellom partane eit svært viktig moment. Jo lenger ein bevegar seg vekk frå finansavtalelova sin partskonstellasjon med svak kausjonist og sterk kreditor, jo mindre rom er det for lojalitetsplikta. I tillegg vil eit sentralt moment for lojalitetsplikta utanfor finansavtalelova sitt område vere kva kausjonstype det er tale om. Ved nokre kausjonstypar vil kausjonisten allereie ved kausjonsinngåinga seiast å ha godteke visse hendingar i ettertid som elles ville ha vore omfatta av lojalitetsplikta.

Som nemnt har meininga vore at finansavtalelova i stor grad skulle vidareføre dei kausjonsreglar som følgde av tidlegare ulovfesta rett. Samstundes kan ein likevel sjå at det ligg føre mange skilnader ved lojalitetsplikta til kreditor. I tillegg til at reglane i finansavtalelova ikkje vidarefører dei skjønsprega reglane i eldre rett, kan ein etter det som er gjort greie for ovanfor også sjå at det ligg føre skilnader ved til dømes frårådingsplikta og dei tilhøve ein har opplysningsplikt om før inngåing av kausjonsavtale. Dette gjev grunnlag for å seie at finansavtalelova ikkje representerar den vidareføring av eldre rett som finansavtalelova sine førearbeid gjev uttrykk for.

Med innføringa av finansavtalelova ynskte ein å beskytte kausjonisten i enda større grad. Om dette har skjedd slik ein hadde tilsikta, kan drøftast. Det kan gjerast gjeldande at den omfattande opplysningsplikta gjer at kausjonisten mottek så mykje informasjon at han til slutt mistar oversikt og ikkje klarar å ta innover seg alle opplysningar. For frårådingsplikta kan det tenkjast at nokre finansinstitusjonar vil kunne utnytte frårådingsplikta. Med dette kan ein sjå

at reglane om opplysningsplikt og frårådingsplikt kan innebere at finansinstitusjonen til slutt forskyv risikoen over på kausjonisten og dermed fråskriv seg ansvar.

Felles for både lovfesta og ulovfesta rett er imidlertid at lojalitetsplikta framstår som eit unntak frå utgangspunktet om at ein ber risikoen for sine egne forventningar og føresetnader.

## 6 Litteraturliste

### Lover

1918	Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
1961	Lov om sparebanker (sparebankloven) av 24. mai 1961 nr. 1.
1961	Lov om forretningsbanker (forretningsbankloven) av 24. mai 1961 nr. 2.
1988	Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (finansieringsvirksomhetsloven) av 10. juni 1988 nr. 40.
1989	Lov om håndverkertjenester m.m. for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63.
1997	Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43.
1999	Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 26. juni 1999 nr. 46.

### Førearbeid

NOU 1992:9	<i>Forbrukarentrepriselov.</i>
NOU 1994:19	<i>Finansavtaler og finansoppdrag.</i>
Ot.prp. nr. 41 (1998-1999)	<i>Om lov om finansavtaler og finansoppdrag.</i>

Prop. 65 L (2009-2010)

*Endringer i finansavtaleloven mv..*

Innst.O. nr. 84 (1998-1999)

*Innstillinger fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag.*

## **Rettspraksis**

### **Høgsterettspraksis**

Rt. 1925 s. 501

Rt. 1959 s. 1048

Rt. 1984 s. 28 Tromsø Sparebank

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1992 s. 1002

Rt. 1995 s. 245

Rt. 1995 s. 775 Yousuf

Rt. 1995 s. 1460

Rt. 1995 s. 1540

Rt. 1997 s. 1029 MS Marlin

Rt. 2002 s. 1155

Rt. 2003 s. 1252

Rt. 2004 s. 1256

Rt. 2006 s. 1

HR-2007-253-U

Rt. 2008 s. 969 Marine Harvest

Rt. 2011 s. 1553

Rt. 2012 s. 1267 Norsk Tillitsmann

### **Underrettspraksis**

RG 1986 s. 739

RG 1992 s. 797

RG 2004 s. 454

LF-2006-31241

LB-2006-66130

LA-2006-82448

LB-2009-140488  
RG 2009 s. 1134  
RG 2009 s. 1162  
LB-2011-150976  
LF-2012-40955

## **Nemndspraksis**

BKN-2002-101  
BKN-2003-136  
BKN-2004-66  
BKN-2004-71  
BKN-2004-72  
BKN-2004-164  
BKN-2005-118  
BKN-2008-5  
BKN-2009-97  
BKN-2009-167  
BKN-2010-85  
BKN-2010-93  
BKN-2010-100  
FINKN-2011-317  
FINKN-2011-321

## **Bøker**

Eckhoff, Torstein; Helgesen, Jan E.. *Rettskildelære*, 5 utg. 2001.  
Grøttjord, Børge; Rosén, Karl. *Finansavtaleloven med kommentarer*, 2014.  
Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. 2. utg., 2013.  
Hagstrøm, Viggo. *Fragmenter fra obligasjonsrett – II*, Institutt for Privatrechts stensilsérie nr. 140, 1992.  
Højrup, Hans Verner. *Kaution*. 1977.  
Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. 2007.  
Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 1999.

Simonsen, Lasse. *Prekontraktuellet ansvar*, 1997.

Smith, Carsten. *Garantikrav og garantistvern, Garantirett III*, 2. utg., 1981.

Smith Carsten. *Kausjonsrett*, 3. utg., 1997.

Taxell, Lars Erik. *Avtalsrett. Bakgrund, samanfattning, utblick*, 1997.

Vinje, Eirik H.. *Tolking av garantier i forretningsforhold*. 1999.

Torvund, Olav. *Pengekravsrett*. 1997.

## Artiklar

Graver, Hans Petter. *I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper* I: Tidsskrift for rettsvitenskap. (2006) s. 189.

Hagstrøm, Viggo. *Kausjonsretten i forandring*. I: Jussens Venner. (2003) s. 45.

Hagstrøm, Viggo. *Kausjonsretten og avtaleloven § 36*. I: Lov og Rett. (1996) s. 78.

Hagstrøm, Viggo. *Bankklagenemnda - Nytt liv i gammel juss*. I: Lov og Rett (1995) s. 503.

Hansen, Bjørn Eirik. *Finansinstitusjoners frarådingsplikt – noen utviklingslinjer*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. (2005) nr. 2 s. 243.

Leonhardsen, Erlend M; Ringvoll, Linn Hoel. *Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet kontraktsforhold*. I: Jussens Venner. (2007) nr. 1 s. 37.

Torvund, Olav. *Fellesheftelse, kausjon og regress*. I: Jussens Venner. (1994) s. 225.

Sætermo, Harald. *Finansavtalelovens regler om kausjon*. I: Tidsskrift for Forretningsjus. (2005) s. 37.

## Anna

Finansklagenemnda. *Avtale om Finansklagenemnda* (2013)  
[http://www.finkn.no/assets/avt\\_sign.pdf](http://www.finkn.no/assets/avt_sign.pdf) [Sitert 18. mars]

Rundskriv frå Finanstilsynet nr. 29 (2011) *Retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis til boligformål* <http://www.finanstilsynet.no/> [Sitert 10. februar]

Finansklagenemnda si årsberetning 2013  
[http://www.finkn.no/assets/FinKN\\_aarsberetning\\_2013.pdf](http://www.finkn.no/assets/FinKN_aarsberetning_2013.pdf) [Sitert 13. april 2014]